

## PARECER Ruy Santacruz

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

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

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

*Ruy Santacruz*  
*economista*

### 1. ORGANIZAÇÃO DO MERCADO

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

#### Atividades e transações econômicas básicas

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

1. Produção de conteúdo, e
2. Distribuição.

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

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

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

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

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

A TV Aberta alcança praticamente 100% dos lares com televisão do país<sup>42</sup>. A TV Fechada, nas suas três tecnologias, possui a seguinte penetração: TV a cabo - 4,6% dos lares; satélite - 2,6%; e MMDS - 0,8%.

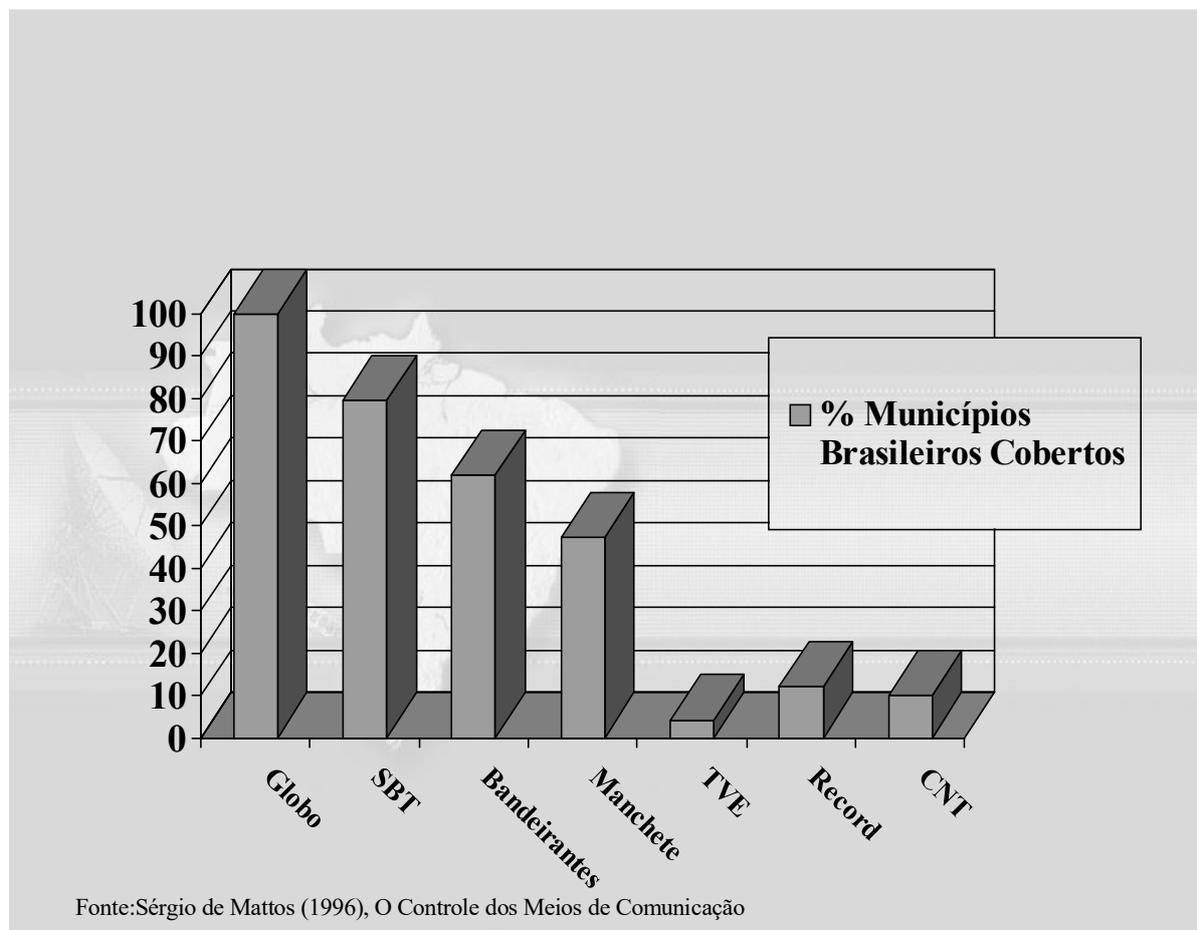
### **Características da TV Aberta:**

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

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

---

<sup>42</sup> Cerca de 91% dos lares no Brasil contam com um aparelho de TV.



### Características da TV Fechada:

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

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

#### TV a Cabo:

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

#### MMDS ou Sistema de Distribuição Multicanal Multiponto:

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

#### DTH ou TV por assinatura Via Satélite:

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

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

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

## Origem da TV Fechada: uma análise comparada

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

A TV Fechada nos EUA apresenta as seguintes características:

### CABO

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

### SATÉLITE

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

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

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

Cartoon — Infantil

ESPN — Esportes

CNN — Jornalismo

HBO — Filmes

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

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

Alguns dados ilustram as diferenças na indústria dos dois países:

#### EUA

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

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

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

## BRASIL

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

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

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

## **2.DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE**

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

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

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

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

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

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

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

Entretanto, como ressalta estudo da OECD sobre esse mercado em todo o mundo<sup>43</sup>, há uma grande dificuldade em se definir o mercado relevante do produto, uma vez que:

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

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

---

<sup>43</sup> Competition Policy and a Changing Broadcast Industry, OECD, 1993.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. ESTRUTURA DA OFERTA

#### 3.1. Mercado de Origem

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

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

Fonte: ANATEL.

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

---

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

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

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

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

### 3.2. Mercado Alvo

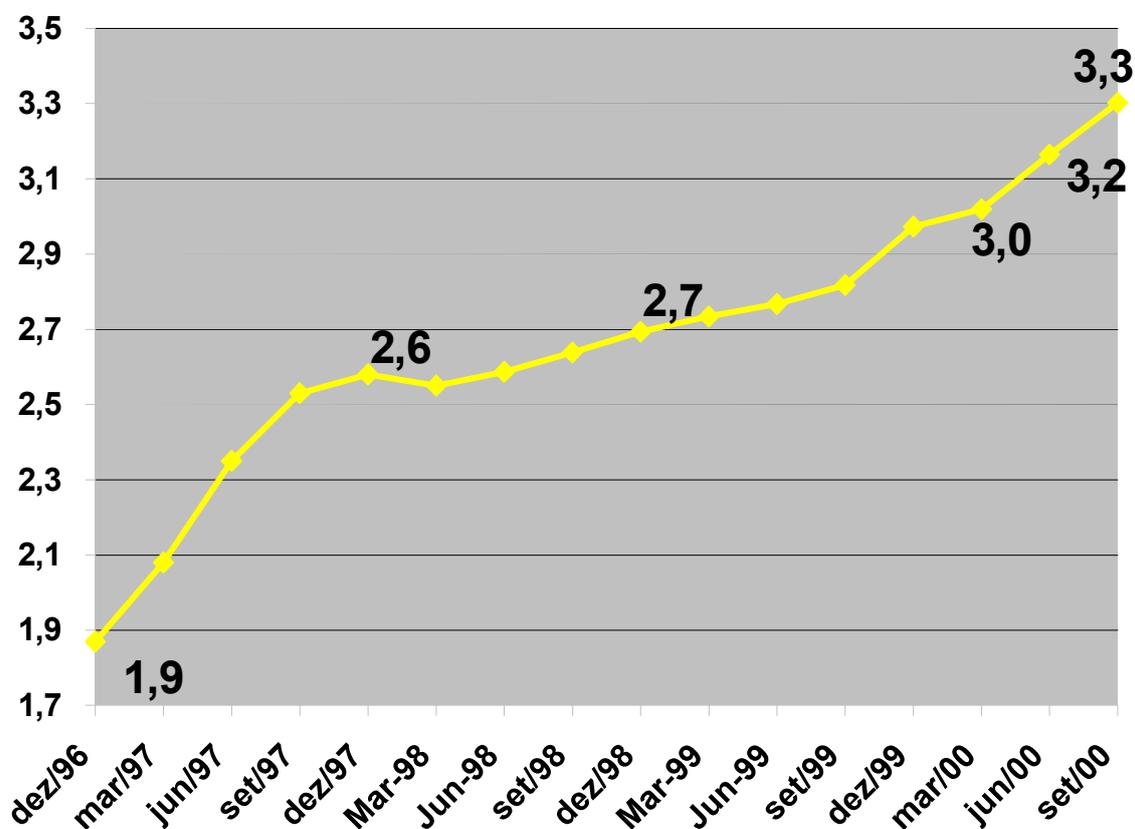
O quadro a seguir apresenta as outorgas concedidas para TV Fechada no Brasil, o que em tese compreenderia a concorrência efetiva e potencial.

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

Fonte: Parecer ANATEL.

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

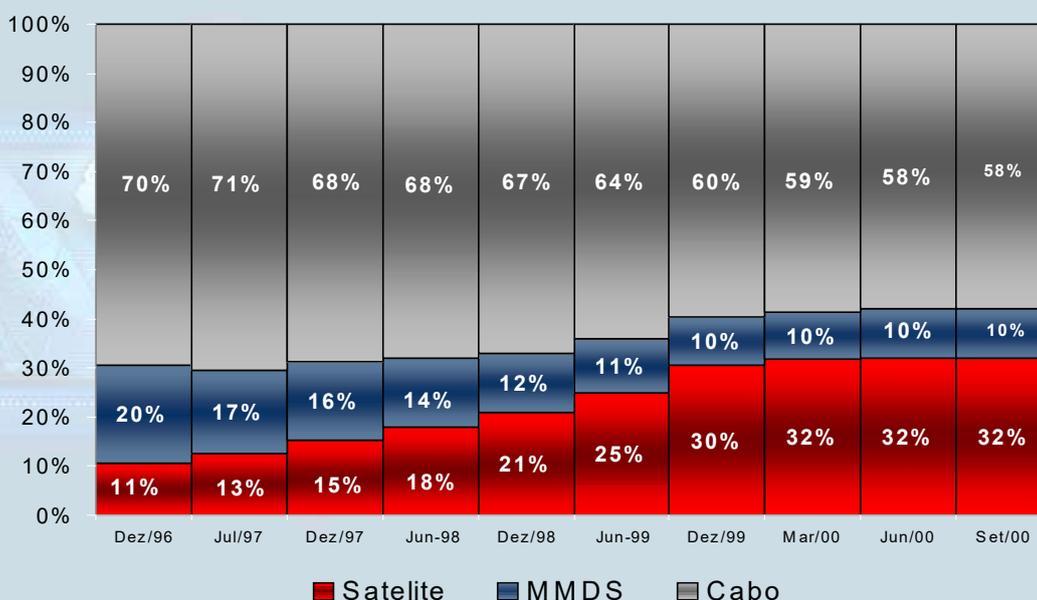
TV FECHADA  
EVOLUÇÃO DO NÚMERO DE ASSINANTES



Fonte: Pay TV Survey, Dez/2000.

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

## *TV por Assinatura: Participação de Mercado por Tecnologia*



Fonte: Pay TV Survey, Dez 2000

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

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

### ESTRUTURA DA OFERTA – DTH

Maio de 1999 – número de assinantes

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

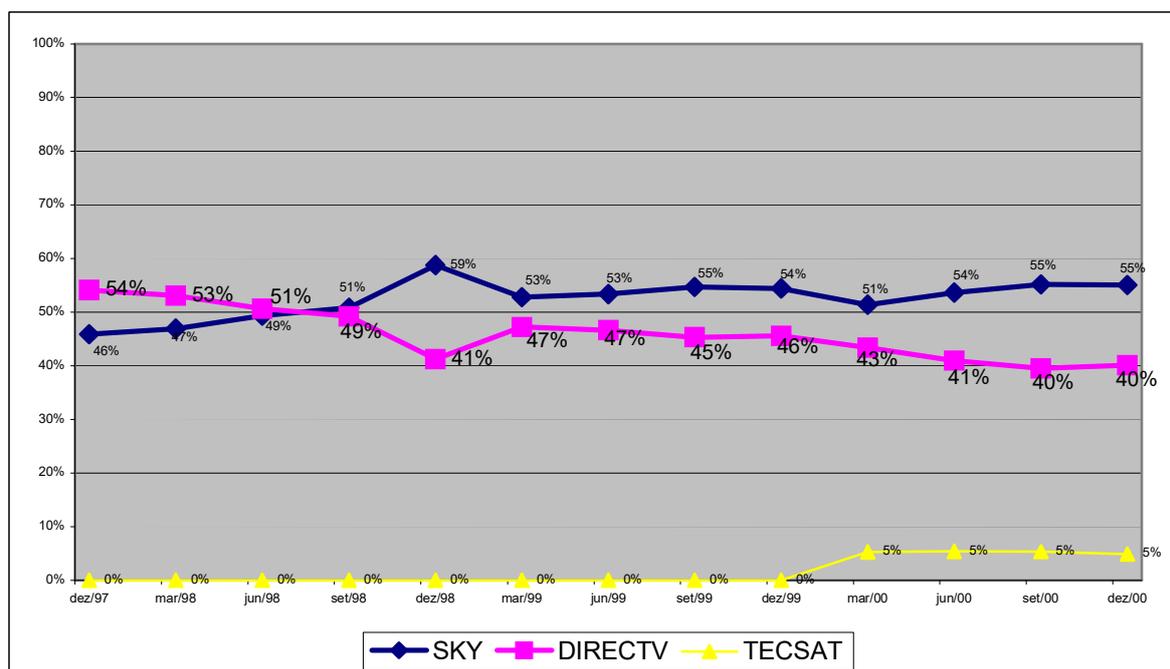
Fonte: Parecer Anatel.

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

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

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

## EVOLUÇÃO DAS PARTICIPAÇÕES NO MERCADO DE DTH - SKY x DIRECTV



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

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

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

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

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

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

### 3.3. A Estrutura Mundial da Oferta

#### Participação no Mercado de Países Selecionados (1999 / 2000)

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

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

*Fonte: Cahners Análises BA&H*

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

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

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

#### **4. FATORES DETERMINANTES DE COMPETITIVIDADE**

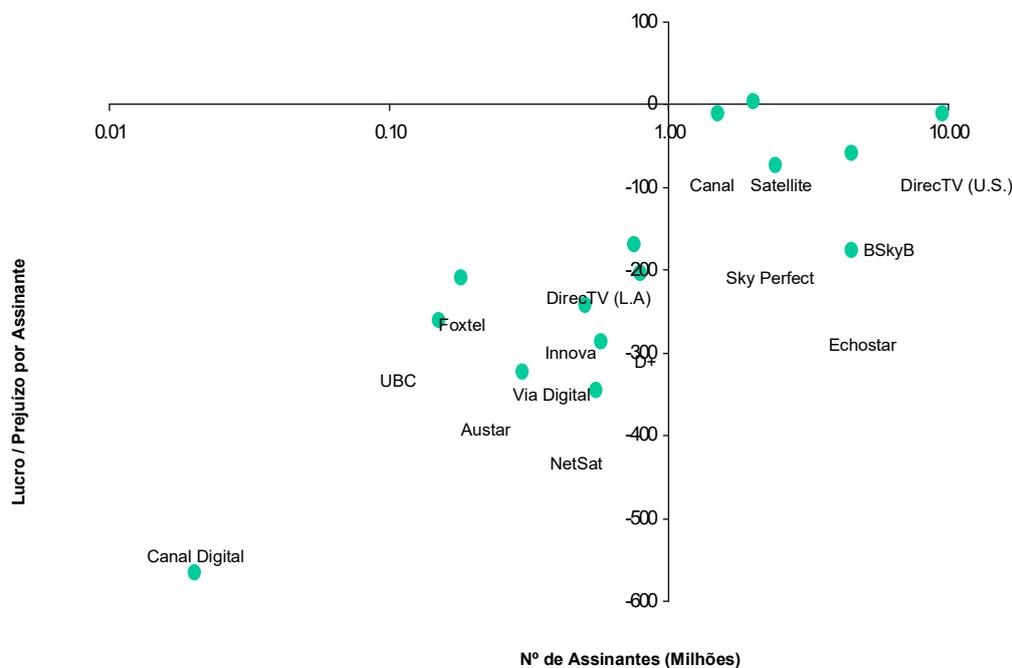
*O investimento e os custos fixos nas operações de DTH são elevados, como se segue:*

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

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

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

## Relação N° Assinantes e Lucro / Prejuízo por Assinatura (1999 / 2000)



Fonte: Cahners.

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

#### 4.1. Fatores de Competitividade no Mercado de DTH no Exterior

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

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

##### BSkyB

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

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

#### DirecTV

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

#### Canal Satellite

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

#### Canal Satellite Digital

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

## 4.2. Fatores de Competitividade no Brasil

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **5. ANÁLISE ECONÔMICA DA DENÚNCIA**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **5.1. Da Existência de Posição Dominante no Mercado de Origem**

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

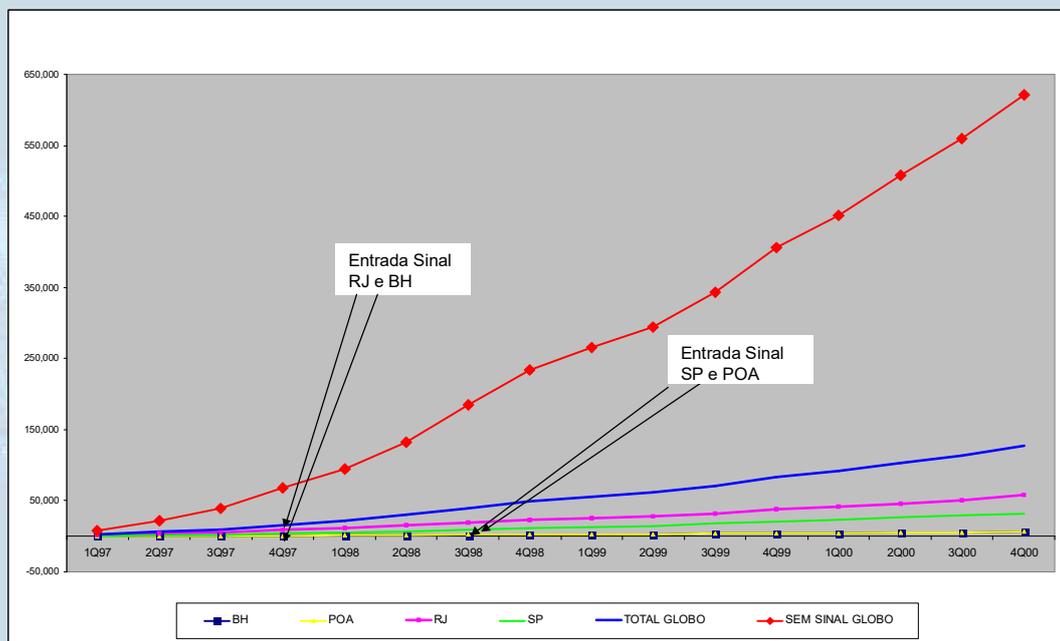
É discutível, portanto, que já a primeira condição para que a conduta em questão seja capaz de infringir a ordem econômica esteja demonstrada. Nesse sentido é importante ressaltar mais uma vez que não se pode confundir a audiência ou a participação em publicidade da Globo na TV Aberta com sua participação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

### **5.2. Da Essencialidade do Insumo**

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

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

## Evolução da Base de Assinantes SKY



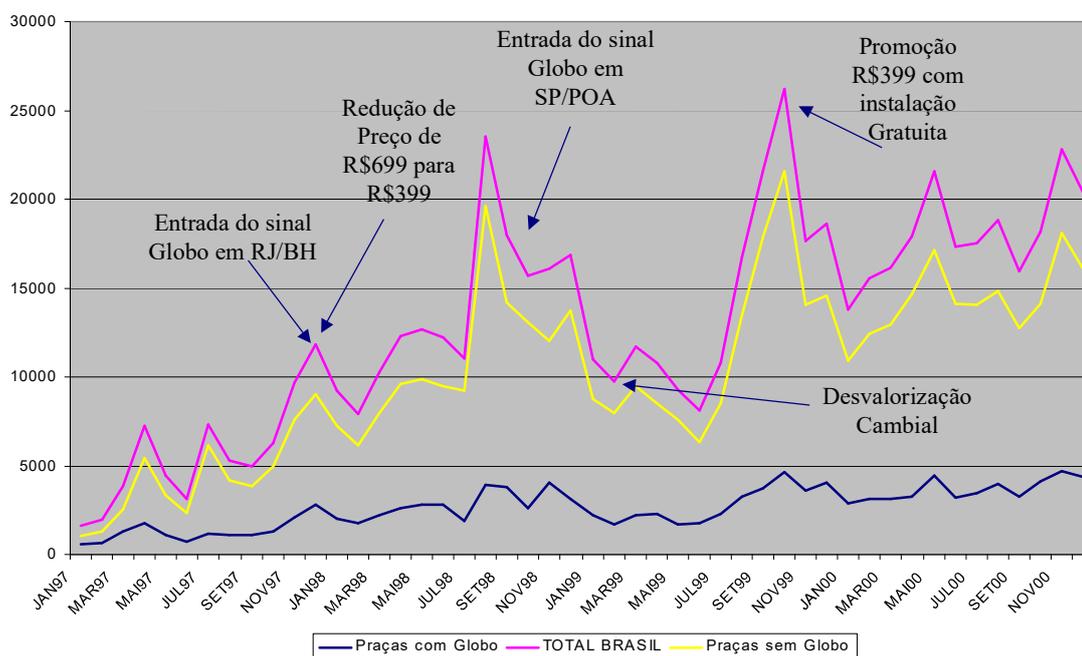
Fonte: SKY.

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

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

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

## EVOLUÇÃO DAS VENDAS DA SKY



Fonte: SKY.

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

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

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

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

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

Amostra: 10.103

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 5.2.1. A Questão da *Essential Facility*

A alegação de que o sinal da Globo é insumo fundamental para a concorrência no mercado de DTH e sem o qual este seria dominado inteiramente pela SKY foi abrigada no voto do ilustre conselheiro-relator João Bosco Leopoldino. A chamada “essential facilities doctrine” (EFD) é produto da jurisprudência americana, remontando sua origem ao caso *Terminal Railroad*, de 1912<sup>45</sup>, no qual um grupo de empresas ferroviárias adquiriu um terminal ferroviário em St. Louis, o único que permitia passagem pela cidade, seja entrando ou saindo. A posição de controle da junção e serviços afins, considerados uma infra-estrutura essencial, permitia ao grupo excluir ou dificultar o trânsito das concorrentes que precisavam atravessar a cidade. A Suprema Corte entendeu que a negativa de acesso em termos razoáveis retirava dos concorrentes a capacidade para competir e, assim, violava a Seção 1 da Lei Sherman, determinando o acesso compulsório do terminal para os concorrentes.

---

<sup>45</sup> US v Terminal Railway Association (224 US 383, 1912)

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

Caso semelhante foi julgado em 1945, também nos EUA. A Otter Trail<sup>46</sup>, proprietária de uma rede de distribuição adquiria eletricidade de uma fonte e abastecia as residências de uma certa região. Quando alguns municípios resolveram adquirir a eletricidade de uma outra fonte e suprir as residências através dos cabos e instalações técnicas que compunham a rede da empresa esta negou o acesso. A Corte entendeu que ao negar utilização da sua infraestrutura, Otter Trail violou a seção 2 da Lei Sherman, sendo a distribuidora obrigada a conceder o acesso pretendido pelos municípios, em condições de igualdade e observada a regulamentação federal.

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

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

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

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

---

<sup>46</sup> Otter Trail Power & Co. v. United States, 326 US 1, 1945.

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

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

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

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

Segundo Ernest Gellhorn<sup>50</sup>, aplicada sensatamente, a doutrina deve satisfazer três condições básicas:

---

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

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

<sup>50</sup> Antitrust Law and Economics, p. 152, WPC, 1994

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

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

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

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

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

---

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

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

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

Estudo realizado pela OECD<sup>53</sup> considerando a aplicação da doutrina em vários países concluiu que a noção de "essential facility" é objeto de múltiplos entendimentos, não estando cristalizada mesmo na jurisprudência dos locais em que mais vem sendo aplicada, como na Europa. Há enorme variação no entendimento e na definição de uma *essential facility* entre os estudiosos e autoridades antitruste em todo o mundo. Segundo o estudo (p.7): “Essential facilities doctrines vary significantly among legal regimes. They may vary according to the types of “facilities”, ownership and market structures to which they may apply, and according to who makes the determination that a facility is “essential”.”

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

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

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

---

<sup>53</sup> The Essential Facilities Concept, OECD, Paris, 1998.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **5.3. Da Possibilidade de a Representada Obter o Insumo Alternativamente**

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

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

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

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

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

## 6. CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

sinal da Globo é outro forte indício da não essencialidade da Globo na competição, bem como o crescimento das vendas da Tecsats<sup>54</sup>. Finalmente, pesquisa elaborada pelo DataFolha também permite concluir que a disponibilidade do sinal da Globo na programação da SKY não é fonte de diferenciação fundamental por parte do consumidor. Pesquisa com conclusão contrária contratada pela Representante consta dos autos, mas a impossibilidade de acesso à metodologia e ao banco de dados impede sua utilização para efeito de análise.

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

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

Como ressalta Ernest Gellhorn<sup>55</sup>, a aplicação da doutrina da *essential facility* deve satisfazer a condição de que o acesso ao bem deve ser realmente essencial **e não meramente conveniente ou menos dispendioso**. DirecTV, entretanto, é capaz de produzir, financiar ou contratar programação competitiva a qualquer momento, inclusive nas redes de TV Abertas. Basta para isso determinação para competir e decisão de investimentos. O consumidor será o grande beneficiário dessa decisão. Nessas condições, exigir o acesso da DirecTV ao sinal da Globo é anticompetitivo ao desestimular o investimento e a busca pela diferenciação tanto no mercado de DTH (onde gastos da DirecTV para melhor competir seriam desestimulados) quanto no de TV Aberta (com desestímulos ao investimento da Rede Globo).

---

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

<sup>55</sup> Obra já citada.

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

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

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

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

Em 19 de abril de 2001.

RUY SANTACRUZ

