

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO MIDIÁTICO E AS INEFICIÊNCIAS DA CONCENTRAÇÃO

GIOVANA FELIX TEODORO

Graduanda na Faculdade de Direito da USP. Participou de Programa na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne no ano letivo 2012/2013 e atendeu ao curso *Competition Law and Policy* na London School of Economics em agosto de 2013. Estagiária.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial

RESUMO: O presente trabalho discute como a política de defesa da concorrência, uma vez aplicada ao contexto da economia da mídia, exerce papel fundamental para promover a diversidade no âmbito do mercado de ideias. Em abordagem crítica às estruturas acentuadamente concentradas que permitem a permanência dos "gigantes da mídia", o texto analisa o produto midiático sob a perspectiva do interesse público, destaca as diferentes eficiências envolvidas no setor e examina os impactos da concentração no mercado de mídia sobre o bem-estar do consumidor e sobre os processos de escolha social. Reconhecendo que a concorrência não é por si só suficiente para promover o pluralismo na mídia, identifica-se, por outro lado, que a concentração econômica nos meios de comunicação social é contrária à democracia e esta preocupação deveria estar mais presente na atuação do CADE no mercado midiático.

PALAVRAS-CHAVE: Economia da mídia – Pluralismo – Política concorrencial – Democracia – Mercado midiático – Regulação econômica.

ABSTRACT: This paper discusses how competition policy, once applied to the context of media economics, plays a key-role in fostering diversity in the market of ideas. Through a critical approach to the highly concentrated structures that allow the "media giants" to persist, the article analyses the media product under the public interest perspective, highlights the different efficiencies involved in this sector and evaluates the impacts of media concentration on consumer welfare and on the development of social choice. Acknowledging that antitrust policy is not in itself sufficient to promote media pluralism, it is noted, on the other hand, that economic concentration in media outlets is contrary to democracy and this concern should be more present in the Brazilian Antitrust Agency interventions within the media market.

KEYWORDS: Media economics – Pluralism – Competition policy – Democracy – Media markets – Economic regulation.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A defesa da concorrência aplicada à economia da mídia: 2.1 O interesse público no produto midiático; 2.2 Redefinição do conceito de eficiência; 2.3 O custo social da concentração – 3. A relação entre a política de defesa da concorrência e pluralismo na mídia: 3.1 O debate atual; 3.2 O caso Sky-DirecTV e o posicionamento do Cade – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

*"The media is a huge non-democratically organized force that has a major power over politics, public discourse, and culture. As such, it is not a surprise that media concentration receives great attention."
(C. Edwin Baker)*

1. INTRODUÇÃO

A² relevância do estudo da concorrência no mercado de mídia é demonstrada tanto na abordagem dos atuais fenômenos de convergência que se consolidam no setor, como na releitura das próprias instituições do direito concorrencial.

Na medida em que os interesses do consumidor são enquadrados como fim último da restrição a estruturas e condutas anticompetitivas, o mercado midiático evidencia que os objetivos da defesa da concorrência não podem se restringir a questões de preço e eficiência. Os interesses da ordem concorrencial devem corresponder, portanto, à centralidade da mídia na sociedade pós-moderna, seja no processo de formação cultural e política dos indivíduos ou enquanto ferramenta essencial para o acesso à informação.³

No Brasil, o reflexo da afirmação de Edwin Baker em epígrafe pode ser identificado no texto da Constituição Federal que, ao dispor sobre os meios de comunicação social, veta a existência de monopólio.⁴ Mais precisamente, a preocupação estatal com a concentração do poder de mercado na esfera midiática resultou em um sistema marcado pela atuação complementar da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) em relação ao Cade (Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência), reconhecendo que a proteção da ordem econômica no mercado de mídia não deve estar totalmente apartada dos objetivos perseguidos pela autoridade reguladora.

Embora a necessidade de intervenção estatal seja objeto de consenso (ainda que o nível e a forma de tal intervenção sejam pontos de extrema controvérsia), a implementação de medidas de defesa da concorrência no mercado midiático ainda é objeto de debate. Nesse sentido, discute-se em que medida mercados mais competitivos seriam, de fato, mais eficientes e favoráveis ao consumidor – principalmente quando analisadas as peculiaridades da economia de escala e de escopo dos produtores midiáticos, notadamente em face da capacidade produtiva de grandes oligopólios midiáticos. Contudo, ao menos no exame do cenário brasileiro atual, a ausência de condições concorrenciais no mercado de mídia mostra-se contrária à

-
1. BAKER, C. Edwin. Media Concentration: Giving Up on Democracy. *Florida Law Review*, vol. 54, n. 5, p. 841.
 2. Prêmio IBRAC TIM 2014 – Categoria: Graduação.
 3. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120-121.
 4. Art. 220, § 5.º, da CF/1988: "Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio".

qualidade e diversidade de conteúdo midiático, afetando também os processos de escolha dos cidadãos e a democratização do acesso, de modo a reproduzir e intensificar estruturas de estratificação social.

2. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA APLICADA À ECONOMIA DA MÍDIA

Em razão das especificidades que envolvem a produção de conteúdo midiático enquanto atividade econômica, a análise das questões concorrenciais envolvidas nesse mercado deve ser condicionada pelas características que definem a *economia da mídia*. Na reiterada definição de Robert Picard, a economia da mídia “examina como os agentes midiáticos correspondem aos interesses e necessidades de sua audiência, anunciantes e da sociedade como um todo, tanto em relação à informação quanto ao entretenimento, de acordo com os recursos disponíveis”.⁵

A interação entre os operadores da mídia e seus destinatários diferencia-se das demais relações entre agentes econômicos e consumidores, sobretudo em decorrência da natureza do próprio produto midiático, uma vez verificada sua repercussão no desenvolvimento social, cultural e político dos indivíduos. Esses elementos não impedem, contudo, que os operadores da mídia conduzam suas atividades com base em uma lógica essencialmente econômica de maximização do retorno financeiro em função dos recursos investidos. É justamente em decorrência dessa sobreposição entre racionalidade econômica e os valores imateriais inseridos no produto midiático que se sustenta a economia da mídia como disciplina autônoma. Como consequência, embora as implicações socioeconômicas de determinadas estruturas de mercado sejam frequentemente consideradas no debate do direito concorrencial, esse fator socioeconômico para além dos resultados econômicos da defesa da concorrência é potencializado no âmbito da economia da mídia.⁶

Superada a concepção paternalista de que caberia ao Estado se apropriar da produção midiática para promover o bem-estar de seus cidadãos, a presença de entes privados no controle da indústria midiática constitui um ambiente econômico que – por vezes de maneira mais intensa do que em outros mercados – tende à concentração. Cabe ao Estado, portanto, utilizar ferramentas de defesa da concorrência em atenção à complexidade dos interesses em jogo, promovendo condições concorrenciais que beneficiem não apenas os agentes econômicos envolvidos, mas principalmente o consumidor do produto midiático.

5. PICARD, Robert. *Media economics: concepts and issues*. EUA: Sage, 1989. p. 7.

6. Diante dessas ponderações, pode-se dizer que a economia da mídia importa conceitos da chamada *welfare economics*, frequentemente evocada para legitimar a intervenção estatal no mercado midiático, atentando às externalidades sociais geradas pelo consumo do produto midiático. Nesse sentido, ver: PEACOCK, Alan; RIZZO, Ilde (eds.). *Cultural economics and cultural policies*. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 1994. p. vii.

Um dos desafios para a adaptação da defesa da concorrência à economia da mídia está na própria base da análise concorrencial: identificar os níveis de concentração do mercado. Métodos comumente aplicados como os valores do HHI (Herfindahl-Hirschman Index) podem ser utilizados no mercado midiático, desde que restritos a um único segmento do mercado.

Por outro lado, essas ferramentas não permitem avaliar níveis de concentração que atravessam diferentes segmentos do mercado midiático,⁷ identificando a participação reduzida de alguns operadores em um único setor, mas ocultando a influência combinada exercida pela abrangente atuação daqueles que podem ser considerados os “gigantes da mídia”.⁸

Os mecanismos de defesa da concorrência também devem atender às exigências das duas estruturas de mercado contempladas pela mídia enquanto produtora e fornecedora de “produtos culturais”. Além do mercado em seu sentido econômico, a mídia opera no chamado “mercado de ideias”. Neste último, a diversidade do produto, essencial para a democracia, está vinculada à pluralidade de agentes econômicos atuando em condições de concorrência justa e plena,⁹ garantindo-lhes

-
7. Em análise sobre o mercado brasileiro de radiodifusão, Alexandre Ditzel Faraco conclui que a análise da concentração de mercado no contexto midiático não pode ficar restrita ao número de agentes atuando no setor. “É preciso avaliar a parcela do mercado de cada um desses, o que demanda a consideração de outro tipo de dado, mais especificamente a audiência detida pelo prestador de serviço”. Ver FARACO, Alexandre Ditzel. *Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 121.
 8. ALBARRAN, Alan B. *Media Economics. The Sage Handbook of Media Studies*. EUA: Sage, 2004. p. 302-303. O autor cita como exemplos dos “gigantes da mídia” empresas norte-americanas como a AOL Time-Warner, Disney e Viacom. No Brasil, o grupo Organizações Globo, considerado a maior companhia do mercado de comunicação de massa na América Latina, inclui-se no mesmo rol de gigantes cuja influência combinada sobre múltiplos setores do mercado midiático nem sempre é refletida em análises concorrenciais.
 9. CUILEMBURG, Jan Van. *On competition, access and diversity in media, old and new: some remarks for communications policy in the information age. New Media & Society*, vol. 1, n. 2, p. 193-194. Ao abordar a relação entre diversidade e concorrência em seu artigo, Cuilemburg observa que se aplicarmos a teoria de Harold Hotelling ao mercado midiático, aumentar a competitividade entre os agentes poderia gerar maior homogeneidade na oferta de conteúdo, em razão do comportamento conservador que os concorrentes tendem a adotar em mercados altamente competitivos, culminando no que Hotelling chamou de *excessive sameness* (ou “similaridade excessiva”). Contudo, Cuilemburg demonstra que “mais do mesmo” em relação ao produto midiático não implica, por definição, que a diversidade na oferta é inversamente proporcional ao nível de competitividade – caberia ao Estado aplicar medidas que fomentem a competitividade no âmbito do conteúdo, uma “concorrência moderada” capaz de garantir acesso à pluralidade de ideias, independentemente da proporção em que aparecem na sociedade.

a possibilidade de produzir e oferecer conteúdo efetivamente diversificado e independente da perspectiva dominante imposta por determinados agentes.

Na ausência de políticas concorrenciais adequadas ao mercado de ideias, a diversidade pode ser falseada pelos operadores da mídia. Isso porque trata-se de um mercado que favorece a assimetria de informação entre consumidores e agentes econômicos. O consumidor final tem pouco ou nenhum contato com a relação preço/qualidade praticada no mercado ou mesmo com o nível de diversidade de produtos culturais efetivamente disponível nos meios de comunicação.

A consequência de ter um mercado midiático guiado por forças concentradoras acomoda os agentes dominantes em relações de poder alheias ao conhecimento do público e aos mecanismos de *accountability* tradicionais, permitindo-lhes oferecer, sem qualquer constrangimento, conteúdo homogêneo e com o menor denominador comum em termos de qualidade.¹⁰ Nessas condições, a competição se estabelece pela mesma “audiência de massa” em detrimento da oferta de conteúdo diversificado que viabilizaria ao consumidor realizar escolhas informadas tanto em relação às opções disponíveis,¹¹ quanto ao seu posicionamento em uma sociedade democrática.¹² A variedade das fontes de informação é necessária para a efetividade das instituições democráticas¹³ e essa máxima deve ser incorporada à análise do mercado em que a troca de informações se potencializa – o mercado midiático.

Dessa forma, os valores que justificam a defesa da concorrência não se limitam à competitividade em si. A competição entre os agentes econômicos no âmbito da

10. FEINTUCK, Mike. *Media regulation, public interest and the law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1999. p. 37 e 49.

11. A concorrência como ferramenta essencial aos processos de formação de escolha a partir do conhecimento de todas as opções disponíveis foi amplamente discutida por HAYEK, Friedrich A. *Individualism and economic order*. Chicago: University of Chicago Press, 1948. Como síntese da racionalidade desenvolvida por Hayek, destaca-se o seguinte trecho: “Competition is essentially a process of the formation of opinion: by spreading information, it creates that unity and coherence of the economic system which we presuppose when we think of it as one Market. It creates the views people have about what is best and cheapest, and it is because of it that people know at least as much about possibilities and opportunities as they in fact do”. Op. cit., p. 106.

12. ALBARRAN, Alan B. Op. cit., p. 76.

13. A relação simbiótica entre variedade de fontes informativas e democracia é frequentemente afirmada como pressuposto nos trabalhos que discutem a incidência do direito concorrencial no mercado de mídia. Ver, por exemplo: BARENDT, Eric, *Broadcasting law: a comparative study*. Oxford: Clarendon Press, 1993. p. 122; e PAVLIK, John V. Citizen access, involvement, and freedom of expression in an electronic environment. In: _____. *The people's right to know: media, democracy, and the information highway*. London: Routledge, 2013. p. 160.

mídia deve ser acompanhada pela concretização de valores sociais, de modo que a política de defesa da concorrência aplicada aos operadores da mídia exige: (a) identificar o interesse público inserido no produto midiático; (b) alterar os parâmetros que definem a eficiência no mercado de mídia; e (c) reconhecer as consequências sociais da concentração.

2.1 O interesse público no produto midiático

Diante da relevância social da indústria midiática, o cenário mais benéfico para o consumidor não se resume aos parâmetros de preço aplicados a outros mercados. Constata-se que o interesse público envolvido na defesa da concorrência está intrinsecamente associado, na indústria da mídia, ao interesse público enquanto característica determinante do próprio produto midiático.

Ao analisar o interesse público face ao produto midiático, preliminarmente, é importante limitar o conceito desse produto a uma das faces do que se convencionou chamar de *dual-product market place* que caracteriza as atividades econômicas no setor midiático.

De acordo com o conceito apresentado por David Poltrack,¹⁴ tanto o conteúdo produzido quanto a audiência que se busca atingir são produtos midiáticos. A audiência opera como *commodity* entre os detentores dos meios de produção midiática e os anunciantes, enquanto o conteúdo está vinculado à relação entre a indústria da mídia e cada um de seus consumidores finais em busca de entretenimento, informação.¹⁵

Tendo em vista o interesse público envolvido na proteção dos direitos do consumidor como fim último da defesa da concorrência, adota-se como foco o conteúdo midiático como objeto de análise por ser este o produto que está no centro da relação entre os agentes econômicos do setor e seus consumidores.

Identificado o produto midiático sobre o qual recai o interesse público a ser incorporado pela defesa da concorrência, passemos à análise de como deve ocorrer essa incorporação.

O benefício essencialmente econômico (preços mais baixos, por exemplo) contido na concorrência como fim em si mesma transcende os interesses particulares e configura interesse público. Contudo, o modelo "puramente econômico" é insuficiente para salvaguardar as várias demandas de interesse público relacionadas à

14. POLTRACK, David. *Television marketing: network, local, and cable*. New York: McGraw-Hill, 1983.

15. Para mais referências sobre a estrutura de *dual-product marketplace* do mercado de mídia, ver: NAPOLI, Philip M. *Audience economics: media institutions and the audience marketplace*. New York: Columbia University Press, 2003. p. 1-3.

produção e disponibilização do conteúdo midiático,¹⁶ o que exige a adequação do conceito de interesse público natural à defesa da concorrência.

O conceito de interesse público no mercado de mídia está relacionado aos interesses que transcendem a relação individual de cada consumidor com o conteúdo midiático, o que seria manifestação mais evidente do “interesse do público”.¹⁷

A adequação do interesse público à lógica do mercado de mídia implica reconhecer que a os mecanismos de defesa da concorrência serão aplicados em um contexto de tensão de valores. As preocupações concorrenciais no contexto da mídia devem atentar, nesse sentido, ao complexo de influências sociais, culturais e informacionais que vão além dos interesses imediatos e particulares da relação direta entre o receptor e o transmissor do produto midiático.¹⁸

Ainda que os resultados positivos decorrentes de estruturas competitivas de mercado correspondam, com efeito, a uma demanda de interesse público, a carga sociocultural do produto midiático exige um passo a frente da política concorrencial, identificando o equilíbrio entre os benefícios econômicos e os valores de diversidade e pluralismo caros à sociedade democrática.

O conteúdo veiculado pelos diferentes canais midiáticos está diretamente relacionado à capacidade de cada indivíduo de ver refletidos seus valores e escolhas e, ao mesmo tempo, obter os subsídios necessários para a formação de tais escolhas. A essência do interesse público no mercado de mídia está justamente na relação direta entre a qualidade desse processo de escolha social e o acesso ao produto midiático em sua forma mais diversa possível.¹⁹

-
16. WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 20: “competition does not operate in a vacuum” (p. 20) – política de defesa da concorrência, para ser eficaz, engloba o interesse público sob suas diferentes formas e deve corresponder à política econômica específica de cada contexto social e mercadológico. A presente análise pretende identificar, portanto, em que medida essa adequação do interesse público ao mercado midiático deve abranger as manifestações de interesse público particulares ao produto midiático. Nesse sentido, é válido enfatizar a importância do termo “adequação” em oposição a inserção ou redefinição da ideia de interesse público.
 17. FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. Tese de Doutorado, São Paulo, 2009, p. 146. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/pt-br.ph].
 18. MCQUAIL, Denis. *Media performance: mass communication and the public interest*. Amsterdam: Sage, 1992. p. 3.
 19. FEINTUCK, op. cit., p. 72: “Choice based on inadequate information cannot be considered choice in any meaningful sense (...) In order for citizens to make considered choices, based on adequate information, it is generally considered necessary for the media to deliver a wide range of perspectives; media plurality as a prerequisite of meaningful choice”.

Concretizar essa demanda de interesse público demanda não só a limitação do poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos, mas também redefinir os parâmetros de eficiência que conduzirão a defesa da concorrência no setor.

2.2 *Redefinição do conceito de eficiência*

As definições de eficiência que acompanham a evolução da teoria econômica – eficiência produtiva, alocativa, redistributiva e dinâmica –²⁰ são incorporadas aos objetivos da defesa da concorrência na medida em que a relação entre concorrência plena e bem-estar apresentada pelo pensamento neoclássico²¹ torna-se mais complexa. No mercado de mídia, esse ajuste de complexidades é resultado da influência social, cultural e política que o produto midiático exerce, diretamente, sobre aqueles que o consomem.

A noção de “eficiência econômica” associada à defesa da concorrência tende a isolar os resultados eminentemente econômicos observados no mercado daqueles que seriam os resultados sociais de determinada prática comercial. No mercado midiático, contudo, a relação intrínseca entre alocação de recursos e os efeitos sociais do produto oferecido exige que o conceito de eficiência seja redefinido. Como ilustra Gillian Doyle, é possível que uma transmissora de televisão redistribua seus recursos para prolongar seu tempo de transmissão ou aumentar níveis de audiência sem qualquer alteração nos custos despendidos. Contudo, se tal estratégia implica reduzir a diversidade do produto midiático em questão, poderíamos afirmar que houve, de fato, maior eficiência na alocação de recursos?²²

Em sua nota de referência no debate sobre concorrência nos setores de televisão e radiodifusão, o secretariado da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) destacou que os objetivos econômicos perseguidos pela política concorrencial, incluindo a eficiência, não oferecem proteção adequada para a diversidade e pluralidade no âmbito da mídia.²³ De acordo com as observações da OCDE, a resposta de muitas jurisdições a esse quadro tem tomado a forma de limitações especiais à concentração de poder econômico em algumas plataformas

20. Cf. POSSAS, Mario Luiz et al. *Política antitruste: um enfoque schumpeteriano*. Rio de Janeiro: Instituto de Economia Industrial da UFRJ, 1995. p. 21-25. Disponível em: [www.ie.ufrj.br/grc/docs/politica_antitruste_um_enfoque_schumpeteriano.doc].

21. WHISH, op. cit., p. 4. Para uma perspectiva crítica sobre o conceito de eficiência alocativa e produtiva na teoria neoclássica, ver SALOMÃO FILHO, 2013, op. cit., p. 235-242.

22. DOYLE, Gillian. *Understanding media economics*. Sage, p. 11.

23. OCDE. OECD Policy Roundtables: Competition Issues in Television and Broadcasting, Background Note. 2013, p. 25. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/TV-and-broadcasting2013.pdf].

midiáticas, bem como a aplicação de restrições à concentração cruzada entre múltiplas plataformas (*cross-ownership*).

Mais do que sacrificar eventuais benefícios puramente econômicos para atender a demandas sociais, é necessário consolidar que, no contexto da mídia, os valores de diversidade e pluralidade compõem, também, a medida de eficiência do mercado. Em termos gerais, pode-se afirmar que a noção de eficiência equaciona os recursos disponíveis e o bem-estar do consumidor e, no mercado midiático, tal bem-estar está intimamente relacionado à qualidade e pluralidade do conteúdo oferecido (enquanto o fator preço é de menor relevância, se comparado a outros mercados).

No Brasil, a redefinição do conceito de eficiência tem consequências diretas sobre a interpretação e aplicação da norma constitucional que veta a concentração de poder econômico no setor dos meios de comunicação social. Somente a partir de parâmetros de eficiência que incorporem a pluralidade e a diversidade do conteúdo disponível aos consumidores é que os mecanismos de defesa da concorrência poderão identificar as reais ineficiências da concentração no mercado midiático e, assim, atuar de forma mais efetiva sobre as estruturas do setor.

Ressalta-se, ainda, que a eficiência perseguida pela política de defesa da concorrência deve estar comprometida com estruturas competitivas que favoreçam a dispersão do conhecimento econômico na sociedade.²⁴ Tendo em vista a já referida relação direta entre o acesso ao conteúdo midiático e a capacidade de escolha dos consumidores, a concorrência no mercado de mídia é particularmente relevante para promover a dispersão do conhecimento²⁵ e, assim, tem o potencial de influenciar o processo de escolha social não só dentro do mercado midiático, mas também nas demais esferas políticas e socioeconômicas. Fundamental, portanto, avaliar as consequências da concentração na indústria da mídia que vão além da análise puramente econômica do mercado.

2.3 O custo social da concentração

Definido que a defesa da concorrência aplicada ao mercado de mídia deve incorporar objetivos para além da competitividade do mercado em si, deve-se compreender em que medida a estrutura de mercado tendencialmente falha da indústria da

24. Ver HАЕУК, op. cit., p. 104-106.

25. SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: _____ (coord.). *Regulação e desenvolvimento – Novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 36. No trecho em que enfatiza a importância dos meios de comunicação para a transmissão e discussão do conhecimento, o autor é categórico em identificar a falha regulatória no setor: “(...) Daí a necessidade premente (e inexistente na prática) de pluralismo na difusão de ideias nesses meios de comunicação”.

mídia²⁶ pode afetar o bem-estar do consumidor e o modelo democrático. Tal análise está vinculada à ideia de *externalidades* que, apesar de não ser exclusiva ao mercado de mídia, encontra neste mercado manifestação expressiva.

Em definição sintética, a ICN (*International Competition Network*) apresenta o conceito de externalidades como os efeitos colaterais – positivos ou adversos – gerados por agentes econômicos sobre terceiros.²⁷ No caso do mercado midiático, em particular, pode-se dizer que são efeitos observados não só sobre determinados grupos de terceiros, mas sobre a sociedade como um todo.

Ao mesmo tempo que meios de comunicação social enquanto fontes de informação e espaço para liberdade de expressão constituem um dos pilares da democracia, seria imprudente presumir que a dinâmica do mercado midiático apresentaria, espontaneamente, compromisso com valores realmente democráticos.²⁸ Nesse sentido, embora o Texto Constitucional brasileiro não tenha logrado mecanismos eficazes para inibir estruturas concentradoras no mercado de mídia, demonstra clara preocupação estatal com o que podemos chamar de *custo social* da concentração econômica no setor. Essa constatação é evidente posto que, em oposição às demais hipóteses de controle estrutural verificadas em outros mercados, o legislador tornou ilegítima qualquer forma de concentração de poder econômico no contexto dos meios de comunicação social – independentemente de abuso ou do meio como essa posição de dominância fora alcançada pelo agente econômico.²⁹

Não há medida objetiva para as externalidades geradas pelo produto midiático; mas o impacto de tais externalidades sobre a sociedade é suficientemente expressivo para que as políticas públicas no setor não as desconsidere.³⁰ No tocante às estruturas concentradoras do mercado midiático, a principal externalidade está relacionada ao controle exercido por grandes conglomerados sobre o conteúdo veiculado, o que implica consequências diretas sobre o acesso à informação e sobre a formação cultural dos consumidores.

Em razão dessa influência direta exercida pela mídia sobre as várias esferas político-sociais do indivíduo, o custo social da concentração do poder de mercado

26. MARSDEN, Chris T. The European Digital Convergence Paradigm: From Structural Pluralism to Behavioural Competition. *The Journal of Information, Law and Technology*, n. 3. Disponível em: [www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1997_3/marsden1/].

27. ICN. Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group: Report to the Third ICN Annual Conference. Seoul, 2004. p. 2. Disponível em: [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc377.pdf].

28. FEINTUCK, op. cit., p. 69.

29. FARACO, op. cit., p. 109-110.

30. BAKER, C. Edwin. An Economic Critique of Free Trade in Media Products. *North Carolina Law Review* 78/1393.

– normalmente restrito à relação qualidade-preço do produto – se potencializa. Além das consequências diretas sobre o modo como a informação é difundida na sociedade, a concentração no reforça o poder que os “gigantes da mídia” exercem no processo de formação da escolha social³¹ que, a princípio, deveria ser gerido por vias democráticas.

A lógica antidemocrática favorecida pela concentração do mercado midiático constitui, portanto, elemento-chave na reprodução de desigualdades e reflete as mais graves assimetrias de poder e de informação presentes nas instituições sociais.³² Desse modo, um número reduzido de entes privados instrumentaliza o mercado dos meios de comunicação de massa com facilidade para servir interesses que, raramente, coincidem com as demandas de interesse público que deveriam ser atendidas pelo mercado de mídia. Considerando que atingir altos índices de audiência está entre as prioridades daqueles que difundem o produto midiático, não há interesse em promover o debate público que poderia incentivar a própria transformação do perfil da demanda por um conteúdo de mais qualidade.

A concentração do controle econômico sobre os meios de comunicação social opera de forma inversa à possibilidade de qualificação do debate democrático, por meio de uma estrutura em que os controladores da mídia definem as bases da escolha social sem qualquer poder de influência por parte dos consumidores. Uma vez já condicionada às estruturas pouco transparentes que determinam os processos editoriais presentes em qualquer meio de difusão de informação, a maioria dos consumidores do produto midiático é destituída dos meios que permitiriam identificar se há ou não pluralidade naquilo que lhes é apresentado como produto final. Esse processo ocorre porque, em meio a estruturas concentradoras, os poucos detentores de real influência sobre a produção midiática ditam, nas palavras de Stuart Hall, o que é ou não uma questão na sociedade.³³ Assim, os próprios lados opostos de determinado debate são, *a priori*, estabelecidos à revelia de um processo democrático, permitindo que qualquer outro tópico que não se relacio-

31. Nesse sentido, ver a análise das preocupações político-sociais em relação aos oligopólios no mercado midiático australiano em SCHULTZ, Julianne. *Reviving the Fourth State: Democracy, Accountability and the Media*. Australia: Cambridge University Press, 1998. p. 109-111.

32. HALL, Stuart et al. *Policing the crisis: mugging, the state and law and order*. London: The Macmillan Press, 1978. p. 58.

33. Idem, p. 58-59. De acordo com o autor, existe um movimento de “definição primária” nas estruturas de poder que influenciam o conteúdo difundido na mídia, de modo que aqueles em posição de controle tem a capacidade de determinar as bases do debate social, o que Hall chama de *framing what the problem is*. Assim, qualquer discurso deve ser enquadrado dentro de uma questão pré-definida sob pena de ser ignorado como um ponto de vista que simplesmente não está endereçando o debate.

ne diretamente ao debate em si que foi imposto pela mídia seja categoricamente considerado irrelevante.

O documento elaborado no contexto da Comissão Europeia para orientar as políticas no controle de concentrações no mercado de mídia identificou que garantir a independência e autonomia estrutural entre os controladores dos meios de comunicação social é requisito mínimo para que haja diversidade nas opções de escolha oferecidas ao público.³⁴ Essa priorização da qualidade do processo de escolha não é incorporada à política concorrencial para o mercado de mídia por acaso. A análise protagonizada por Hayek³⁵ permite concluir que o ambiente concorrencial favorável a processos de escolha efetivamente democráticos é condição essencial para otimizar disseminação de conhecimento na sociedade – o que, ao promover a diluição dos centros de poder econômico e político, está entre os princípios centrais do desenvolvimento.³⁶

A lógica que associa a transmissão de ideias plurais à capacidade de construir políticas de desenvolvimento que correspondam às reais demandas socioeconômicas de dada sociedade revela a amplitude do custo social resultante da concentração no mercado midiático. Diante da relevância dos meios de comunicação social para promover a difusão do conhecimento em sua forma mais direta, a defesa concorrência não pode subestimar as consequências de estruturas concentradoras no setor. Contudo, em face do constante debate sobre os limites da política concorrencial enquanto via de regulação econômica, tem-se questionado como e até que ponto a competitividade dos mercado de mídia deve ser vinculada ao fomento da pluralidade e diversidade do produto midiático.

3. A RELAÇÃO ENTRE A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E PLURALISMO NA MÍDIA

Nas considerações sobre o papel da mídia na democracia, Joseph E. Stiglitz, ganhador do Prêmio Nobel de Economia, ressalta a importância da competitividade no mercado de bens e serviços e enfatiza que ainda mais relevante é a manutenção de condições competitivas no mercado de ideias.³⁷ Stiglitz reconhece que seria utópico conceber o mercado midiático como ambiente plenamente competitivo e apto a priorizar a diversidade de opinião, mas assinala que o cenário poderia ser melhor

34. European Commission Green Paper. *Pluralism and media concentration in the internal market: an assessment of the need for community action*. dez. 1992. p. 19. Disponível em: [http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com92_46_en.pdf].

35. Cf. HAYEK, op. cit., p. 77-106.

36. Nesse sentido, ver SALOMAO FILHO, 2012, op. cit., p. 32-36.

37. STIGLITZ, Joseph E. *The price of inequality*. EUA: W.W. Norton & Company, 2013. p. 160-162.

se, entre outras medidas, houvesse maior comprometimento da política antitruste com as implicações do controle sobre o mercado de ideias, não apenas sobre o mercado publicitário.

A diversidade nos meios de comunicação social contribui para a consolidação da democracia e sua importância é reconhecida mesmo em face das evidentes distorções no mercado de ideias verificadas atualmente. A importância do pluralismo não é questionada sequer pelos operadores dos gigantes da mídia – as grandes corporações midiáticas ostentam a bandeira da liberdade de expressão e do acesso à informação, mas não consideram problemático o controle oligopolístico sobre vários canais de comunicação social.³⁸

Embora exista consenso quanto à necessidade de promover a diversidade no mercado de mídia, a utilização da defesa da concorrência para promover o pluralismo no setor é objeto tema para discussões e debates. Discute-se, sobretudo, em que medida seria possível associar a pluralidade de agentes econômicos à pluralidade de conteúdo e, nesse sentido, se o fortalecimento da política concorrencial no setor traria, efetivamente, resultados positivos para o consumidor do produto midiático.

3.1 O debate atual

Diante da experiência de mercados como o norte-americano, em que a vasta quantidade de canais midiáticos não permite identificar pluralidade no conteúdo oferecido aos consumidores finais, tem-se questionado o papel das estruturas competitivas de mercado no contexto dos meios de comunicação social.³⁹

Nesse cenário, embora exista concorrência entre os agentes econômicos envolvidos, não seria razoável presumir que apenas a competitividade do mercado

38. Esse fenômeno é bem percebido no jornalismo brasileiro, onde tornou-se comum tanto na imprensa escrita quanto nos telejornais que o corpo editorial assuma posicionamentos políticos, mas permaneça reivindicando a neutralidade do conteúdo veiculado. Apesar de alegarem a pluralidade de perspectivas como prioridade na produção jornalística, priorizam as posições mais convenientes para seus interesses corporativos sem oferecer ao consumidor do produto midiático esclarecimentos sobre as posições assumidas. A crítica a essas distorções é observada no documentário dirigido por Jorge Furtado, *O mercado de notícias*. Inspirado na peça teatral homônima escrita pelo dramaturgo inglês Ben Jonson em 1625, o filme apresenta depoimento de 13 importantes jornalistas brasileiros para discutir a delicada relação entre imprensa de notícias e democracia. Estreou nos cinemas em 07.08.2014. Mais informações em: [www.omercadodenoticias.com.br].

39. Nesse sentido, ver COLLINS, Richard; MURRONI, Cristina. *New media, new policies: media and communications strategy for the future*. Cambridge/MA: Blackwell Publishers, 1996. Ao discutir o chamado “efeito Hotelling” aplicado às novas mídias, os autores demonstram que a competição dos operadores da mídia por nichos de audiência revela que garantir a concorrência no mercado midiático não garante diversidade de conteúdo.

poderia garantir parâmetros plurais e democráticos no mercado de ideias. Notadamente, caberia ao Estado, por meio de políticas regulatórias mais incisivas do que o controle de concentrações, garantir esses valores invocando o interesse público.

Esse posicionamento que sustenta a inadequação – ou, no mínimo, a insuficiência – da política concorrencial para promover a diversidade genuína do produto midiático encontra respaldo em sistemas públicos de radiodifusão comuns no contexto europeu. Exemplos como a Itália e a Alemanha revelam estruturas em que o Estado tem ingerência direta sobre a programação oferecida pelas concessionárias de canais públicos de radiodifusão, justamente com o objetivo (ao menos estatutário) de impor condições de pluralismo.⁴⁰

Em resposta às demandas de uma sociedade que tem demonstrado crescente desconfiança e desinteresse em relação à formulação de políticas públicas e ao debate político em geral, verifica-se em países como Dinamarca e Finlândia o enrijecimento de leis regulatórias e aumento de incentivos aos canais públicos de radiodifusão; aplica-se o modelo tradicional de serviço público ao mercado de mídia para, deliberadamente, influenciar o comportamento das grandes audiências, redirecionando o interesse do público para questões que colaborem para cidadãos mais informados e capazes de exigir prestação de contas de seus líderes políticos.⁴¹

Por outro lado, o princípio econômico de que mercados competitivos servem melhor ao interesse público do que as estruturas concentradas não pode ser afastado quando se trata do mercado de mídia.

Como apontado por McChesney, se há alguma dúvida quanto à capacidade de monopólios midiáticos, ainda que estatais, oferecerem diversidade de conteúdo para os consumidores, a defesa da concorrência deve atuar para o maior nível de competitividade possível. A partir do momento em que a indústria midiática concentra-se sob o controle de alguns gigantes do setor, as barreiras econômicas e políticas para reverter esse quadro podem tornar a reforma das estruturas do mercado inviável.⁴²

40. PRICE, Monroe E. *The Market for Loyalties: Electronic Media and the Global Competition for Allegiances*. *Yale Law Journal* 104/670-674.

41. CURRAN, James et al. *Media System, Public Knowledge and Democracy: A Comparative Study*. *European Journal of Communication* 24/7. Disponível em: [<http://ejc.sagepub.com/content/24/1/5>].

42. MCCHESENEY, Robert D. *The problem of the media: US communication politics in the twenty-first century*. New York: NYU Press, 2004. p. 226-227. Entre as considerações do autor sobre a importância de zelar pela concorrência no mercado de mídia, destaco a analogia simples, porém muito ilustrativa para a tentativa de reverter estruturas concentradas no setor: “It is like getting toothpaste back into the tube”.

Entre a rigidez de políticas regulatórias paternalistas e a necessidade de impedir a consolidação de grandes conglomerados controlando os vários canais de comunicação social, há alternativas ponderadas.

A conciliação da defesa da concorrência com o objetivo de garantir o pluralismo no mercado de mídia ocorre na medida em que a política concorrencial considera os objetivos não econômicos envolvidos no setor, ao mesmo tempo em que se reconhece os limites da intervenção das autoridades concorrenciais e a necessária aplicação de medidas regulatórias adequadas.⁴³

Não se pode negligenciar o papel da competitividade entre agentes econômicos no mercado de mídia como fator para a promoção do pluralismo e da diversidade de ideias, otimizando a difusão do conhecimento na sociedade. A defesa da concorrência pode e deve adequar-se às peculiaridades da economia da mídia, ainda que a competitividade do mercado não seja suficiente para solucionar todas as questões referentes à qualidade e pluralidade do produto midiático.

3.2 O caso Sky-DirectTV e o posicionamento do Cade

A análise concorrencial desenvolvida pelo Cade em atos de concentração no setor de comunicação social tem demonstrado que a defesa da concorrência no Brasil é insuficiente no tocante às particularidades da economia da mídia.

Dentre as operações apresentadas à autoridade, destaco o caso Sky/Directv (Atos de Concentração n. 53500.002423/2003 e 53500.029160/2004), que resultou na concentração das duas operadoras de televisão via satélite.

Em seu voto, o Relator do caso, o então Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado apresentou análise aprofundada sobre as especificidades da economia da mídia.⁴⁴

Ao final de sua análise teórica, apontou, ainda, importantes considerações sobre a relação entre os conceitos de eficiência, concentração e diversidade nos mercados televisivos. Neste trecho, o Conselheiro reconhece expressamente que a con-

43. Nesse sentido, ver ARIÑO, Mónica. Competition law and pluralism in European digital broadcasting: addressing the gaps. *Communications & Strategies* 54/124-125. Cabe, contudo uma ressalva à afirmação da autora de que o pluralismo não seria o objetivo da política concorrencial, mas apenas uma consequência da competitividade do mercado (*idem*, p. 117). Mais do que mero resultado possível da defesa da concorrência aplicada ao mercado midiático, o pluralismo deve, sim, estar na base da tomada de decisão da política econômica para o setor. As considerações sobre eficiência e interesse público abordadas ao longo deste trabalho indicam que a competitividade do mercado de mídia é condição mínima para que haja diversidade no oferecimento do produto midiático.

44. CADE. Atos de Concentração n. 53500.002423/2003 e 53500.029160/2004. Voto do Conselheiro relator Carlos Delorme Prado, 24.05.2006. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D00000229381716.pdf].

centração no setor implica consequências negativas para o consumidor, atingindo a pluralidade e diversidade do produto midiático. O estudo elaborado por Prado ficou restrito, entretanto, à teoria econômica e não influenciou a decisão final pela aprovação da operação.

Embora a aprovação tenha sido condicionada a algumas restrições contratuais que deveriam ser observadas pelas empresas no período posterior à consumação da operação, a autoridade de defesa da concorrência brasileira não demonstrou preocupações quanto ao controle concentrado sobre programação de televisão por assinatura.

Após a associação dos negócios das plataformas da Sky Brasil e Directv Brasil, todos os municípios que dependem da transmissão via satélite para o serviço de TV por assinatura ficariam sujeitos à oferta de conteúdo que compõe os pacotes de canais oferecidos pela nova companhia.

As conclusões sustentadas no voto em questão são sintomáticas. O Cade, apesar do crescente nível técnico na análise econômica apresentada em casos envolvendo o mercado de mídia, hesita em apontar remédios estruturais para garantir a diversidade no produto midiático. Não obstante a cooperação entre o Cade e a Anatel para apreciar as concentrações no mercado dos meios de comunicação social, a defesa da concorrência no mercado de mídia brasileiro ainda está muito aquém dos limites de sua atuação, restringindo a análise concorrencial a critérios de preço e eficiência.

Como demonstrado no caso Sky/Directv, a adequação da política de defesa da concorrência exige que o Cade incorpore considerações não econômicas à análise concorrencial das estruturas do mercado de mídia.

Para além da teorização dos efeitos potenciais da concentração sobre o pluralismo na mídia, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deve apropriar-se das ferramentas concorrenciais disponíveis para salvaguardar a competitividade do mercado enquanto elemento essencial para o pluralismo e para a qualidade dos processos de escolha que estão na base da democracia, incluindo a própria capacidade dos cidadãos de verem na mídia o que de fato entendem por democracia.⁴⁵

4. CONCLUSÃO

A concentração estrutural verificada no mercado midiático brasileiro exige cautela no reconhecimento das ineficiências, uma vez que estas não se restringem ao aspecto econômico. O pluralismo e a diversidade são valores imprescindíveis para que o conteúdo midiático colabore para o enriquecimento do processo de escolha social.

45. Cf. BAKER, C. Edwin. *The Media that Citizens Need*. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 147, n. 2, p. 408.

Nesse cenário, a defesa da concorrência, adaptada às exigências da economia da mídia, assume papel fundamental para garantir que o mercado de ideias atenda às demandas do consumidor para viabilizar um legítimo processo de tomada de decisão, como pressuposto democrático que favorece a difusão do conhecimento e o desenvolvimento socioeconômico do País.

5. BIBLIOGRAFIA

- ALBARRAN, Alan B. *Media Economics. The Sage Handbook of Media Studies*. EUA: Sage Publications, 2004.
- ARIÑO, Mónica. Competition law and pluralism in European digital broadcasting: addressing the gaps. *Communications & Strategies*. n. 54. 2004.
- BAKER, C. Edwin. An economic critique of free trade in media products. *North Carolina Law Review*. vol. 78. 2000.
- _____. Media concentration: giving up on democracy. *Florida Law Review*. vol. 54. n. 5. 2002.
- _____. The media that citizens need. *University of Pennsylvania Law Review*. vol. 147. n. 2. 1998.
- BARENDT, Eric. *Broadcasting law: a comparative study*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- CADE. Atos de Concentração n. 53500.002423/2003 e 53500.029160/2004. Voto do Conselheiro relator Carlos Delorme Prado, 24.05.2006. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000229381716.pdf].
- COLLINS, Richard; MURRONI, Cristina. *New media, new policies: media and communications strategy for the future*. Cambridge/MA: Blackwell Publishers, 1996.
- CUILEMBURG, Jan Van. On competition, access and diversity in media, old and new: some remarks for communications policy in the information age. *New Media & Society*. vol. 1. n. 2. Londres: Sage, 1999.
- CURRAN, James et al. Media system, public knowledge and democracy: a comparative study. *European Journal of Communication*. vol. 24. p. 7. 2009. Disponível em: [http://ejc.sagepub.com/content/24/1/5].
- DOYLE, Gillian. *Understanding media economics*. Londres: Sage, p. 11.
- EUROPEAN COMMISSION GREEN PAPER. *Pluralism and media concentration in the internal market: an assessment of the need for community action*. dez. 1992. p. 19. Disponível em: [http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com92_46_en.pdf].
- FARACO, Alexandre Ditzel. Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FEINTUCK, Mike. *Media regulation, public interest and the law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1999.
- FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. Tese de Doutorado, São Paulo, 2009. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/21321de-02122009-152713/pt-br.ph].

- HALL, Stuart et al. *Policing the crisis: mugging, the state and law and order*. London: The Macmillan Press, 1978.
- HAYEK, Friedrich A. *Individualism and economic order*. Chicago: University of Chicago Press, 1948.
- ICN. *Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group: Report to the Third ICN Annual Conference*. Seoul, 2004, p. 2. Disponível em: [www.international-competitionnetwork.org/uploads/library/doc377.pdf].
- MARSDEN, Chris T. The European Digital Convergence Paradigm: From Structural Pluralism to Behavioural Competition. *The Journal of Information, Law and Technology*. n. 3. 1997. Disponível em: [www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1997_3/marsden1/].
- MCCHESENEY, Robert D. *The problem of the media: US communication politics in the twenty-first century*. New York: NYU Press, 2004.
- MCQUAIL, Denis. *Media performance: mass communication and the public interest*. Amsterdam: Sage, 1992.
- NAPOLI, Philip M. *Audience economics: media institutions and the audience marketplace*. Columbia University Press: New York, 2003.
- OCDE. OECD Policy Roundtables: Competition Issues in Television and Broadcasting, Background Note. 2013. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/TV-and-broadcasting2013.pdf].
- PAVLIK, John V. Citizen Access, Involvement, and Freedom of Expression in an Electronic Environment. In: _____. *The people's right to know: Media, democracy, and the information highway*. London: Routledge, 2013.
- PEACOCK, Alan; RIZZO, Ilde (eds.). *Cultural economics and cultural policies*. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 1994.
- PICARD, Robert. *Media economics: concepts and issues*. EUA: Sage, 1989.
- POLTRACK, David. *Television marketing: network, local, and cable*. New York: McGraw-Hill, 1983.
- POSSAS, Mario Luiz et al. *Política antitruste: um enfoque schumpeteriano*. Rio de Janeiro: Instituto de Economia Industrial da UFRJ, 1995. p. 21-25. Disponível em: [www.ie.ufrj.br/grc/docs/politica_antitruste_um_enfoque_schumpeteriano.doc].
- PRICE, Monroe E. The market for loyalties: electronic media and the global competition for allegiances. *Yale Law Journal*. vol. 104. 1994-1995.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento – Novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SCHULTZ, Julianne. *Reviving the fourth state: democracy, accountability and the media*. Australia: Cambridge University Press, 1998.
- STIGLITZ, Joseph E. *The Price of Inequality*. EUA: W.W. Norton & Company, 2013.
- WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A importância das mídias sociais para empresas, de Mariana Vieira Ribeiro da Silva Romeiro – *RIBRAC* 23/307 (DTR\2013\3452), e
- Direito de concorrência e direito do consumidor em busca de maior proteção dos direitos dos consumidores, de Daniela Vasconcellos Gomes – *RIBRAC* 23/221 (DTR\2013\3445).