

PARECER PROFESSOR ARTHUR BARRIONUEVO FILHO

Impactos Concorrenciais no Mercado de TV por Assinatura da Restrição para a Retransmissão do Sinal da TV Globo

1. Introdução

O Processo Administrativo 53500-000359/99, proposto “*ex-officio*” pela ANATEL, tem como objetivo apurar a existência de prática anticoncorrencial por parte da TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo Ltda. por se recusarem a autorizar a DIRECTV a incluir em seu serviço de Distribuição de Sinais de Televisão a áudio via Satélite (Serviço DTH – *Direct to Home*), na banda KU, os canais locais da Rede Globo de Televisão, nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre.

Diante desse fato, a DIRECTV pergunta:

- i. A recusa de contratar, em iguais condições às da operadora de DTH, SKY (afiliada da Rede Globo), a retransmissão dos sinais dos canais locais da Rede Globo de Televisão é um ato com quais efeitos concorrenciais?
- ii. O uso do sinal da Rede Globo de Televisão por empresa alheia ao Grupo, poderia ser caracterizado como uma atitude de “*free riding*”, ou seja, oportunista do ponto de vista econômico, que utilizaria um investimento feito pela Rede Globo, para dele se beneficiar?

Para responder a essas questões, essenciais para o presente Processo Administrativo, é necessário analisar – à luz dos dados disponíveis - os impactos concorrenciais no mercado relevante nacional de “TV por Assinatura” desta proibição.

Deve-se considerar também que – no presente caso – por tratar-se de setor regulado, existem obrigações de transmissão do sinal que alteram os

efeitos concorrenciais da decisão de restringir a emissão de sinais, que já estão disponíveis ao público através dos canais de TV aberta.

Como se pode ver, a questão concorrencial neste caso é complexa, tratando-se de relação entre dois serviços fortemente complementares, o de transmissão de TV paga e o de produção de conteúdos. Trata-se de uma situação, onde evidências apontam para a utilização da posição dominante na produção de conteúdos e da TV aberta, associado à restrição em caso, criando condições para a formação de posição dominante no mercado de transmissão paga - não por melhor desempenho em termos de qualidade de serviços ou de preços - mas, apenas, por restringir de maneira não razoável o acesso dos concorrentes a transmissão do conteúdo da TV Globo aberta. Sendo que, no momento da escolha do fornecedor de TV paga, a TV Globo já é conhecida e goza de grau elevado de fidelidade dos consumidores.

Para tratar deste caso, dos efeitos anticoncorrenciais da restrição e da inexistência de características de oportunismo no pleito de transmitir o sinal da TV aberta Globo, em condições simétricas às afiliadas, deve-se abordar os aspectos a seguir. Na seção dois, examina-se a caracterização dos mercados relevantes envolvidos e a evolução dos *players* neste mercado. Na seção três, temos a análise da natureza da restrição da transmissão de sinal de um canal de TV aberta, compreendida como prática de busca de posição dominante em mercado relacionado e, a análise dos fatos disponíveis sobre os efeitos ocasionados pela restrição à retransmissão de sinais. Finalmente, na seção quatro, o exame da conduta de *free riding* e a inaplicabilidade do conceito na situação presente.

2. Mercados Relevantes e “Players” Envolvidos

A avaliação de uma situação concorrencial inicia pela definição dos mercados relevantes envolvidos. Neste caso, em particular, a adequada compreensão do mercado relevante, em suas dimensões de produto e geográfico é crucial para decidir sobre a existência de conduta anticoncorrencial. Isto se deve ao fato de dois serviços estarem em jogo no mercado de TV por Assinatura, o de transmissão de sinais e o de conteúdos. Eles são intimamente relacionados e possuem uma ligação essencial – particularmente na **fase de introdução** da TV paga – com o mercado de TV aberta, onde a Rede Globo possui posição dominante.

A análise dessa questão, exige que sejam discutidos os seguintes aspectos referentes à estrutura deste mercado, quais sejam: 1) características gerais de mercados onde existem produtos/serviços interrelacionados; 2) a

definição do mercado relevante de produto TV por Assinatura; 3) a TV aberta e a produção de conteúdos; 4) o mercado relevante geográfico da TV por Assinatura e; 5) a evolução dos “*players*” no mercado de TV por Assinatura.

2.1 Mercados com Serviços Interrelacionados

A definição de mercado relevante, que é semelhante nos diversos países com legislação de defesa da concorrência, tem duas dimensões: a) o mercado relevante *de produto* que identifica os produtos ou serviços que competem entre si e b) o mercado relevante *geográfico*, que identifica a área na qual a competição ocorre¹. Dois serviços pertencem ao mesmo mercado relevante se, forem razoavelmente substituíveis quanto ao seu uso, tenham preços semelhantes e estejam disponíveis aos consumidores na mesma região geográfica. Se a diferença de preços entre os bens ou serviços for muito significativa, mesmo que sejam considerados como substitutos em relação ao seu uso pelos consumidores, não pertencem ao mesmo mercado.

No presente caso, observa-se que dois serviços interrelacionados definem um único mercado relevante para o consumidor final. Os dois serviços complementares comprado pelo consumidor são, em primeiro lugar, o serviço de transmissão de sinais pago, que inclui as TVs a cabo, MMDS e DTH e, em segundo lugar, o serviço que é o dos conteúdos de programação.

Note-se que estes serviços tem um grau de complementaridade extremamente elevado. Não interessa ao consumidor ter a capacidade técnica de recepção de sinais se nenhum conteúdo lhe for oferecido e, contrário senso, também não lhe interessa ter o direito de receber conteúdos de programação, se não houver o meio técnico que lhe permita o acesso ao mesmo.

Estes dois serviços para o consumidor final estão indissociados e, são oferecidos por empresas que prestam os dois tipos de serviços, com características semelhantes a preços similares. É um mercado que tem as características comparáveis à situação que existe nos mercados de máquina e filme fotográfico ou, no de *softwares*, como o de sistema operacional (p.ex. o Windows ou o DOS) e aplicativos (como os editores de texto, planilhas eletrônicas etc.), onde o aplicativo não funciona se não existir o sistema operacional e, a posse do primeiro é de escassa utilidade se não existirem aplicativos disponíveis.

¹ Vide American Bar Association. Antitrust Law Developments. 4th Edition, 1997. Pg. 493.

O mercado de TV por Assinatura é um tipo de mercado relevante onde dois serviços, que não competem entre si (serviços de transmissão e de produção de conteúdos), podem ser combinados em um único mercado relevante baseado nas preferências dos consumidores pela provisão conjuntas dos serviços.²

Para as operadoras de TV por Assinatura (DirecTV, TVA, Net, Sky), os dois serviços constituem mercados separados³, já que essas empresas compram os conteúdos dos canais de programação, formam um conjunto específico de canais que, agregadamente com o serviço de transmissão, são oferecidos aos consumidores finais.

Existem diferenças técnicas entre as diferentes operadoras de TV por Assinatura, quanto à tecnologia utilizada, cabo, MMDS e DTH; qualidade da transmissão, digital ou analógica; e de grupo de canais de programação oferecidos, embora, uma parcela significativa dos canais seja comum a todas elas (como por exemplo, *Discovery Channel*, TNT, CNN etc.).

Todavia, essas diferenças não impedem que as operadoras prestem serviços que são substitutos do ponto de vista do consumidor, ainda que a tecnologia possa restringir a área atingida por cada uma delas (em particular das TVs a cabo e do MMDS) e, existam diferenças na qualidade da transmissão e nos diferentes conjuntos de canais de programação acessados. Portanto, pertencem todas essas operadoras ao mesmo mercado relevante.

Na próxima seção, existe uma definição mais completa do mercado relevante de produto e geográfico de TV por Assinatura, considerando as diferenças mencionadas acima.

2.2 Mercado Relevante de Produto

O serviço de TV por Assinatura, segundo uma definição tradicional do “*Code of Federal Regulations*” dos EUA é aquele de “transmissão em um único sentido para assinantes de programação de vídeo”⁴. É portanto, um serviço fornecido por companhias de televisão com contrapartida monetária. Ressalte-se que esta é uma definição tradicional, porque a convergência tecnológica ocasionada pela digitalização da transmissão de informações (imagens,

² Situação análoga à de um *Cluster Market*. Vide American Bar Association (1997: 524).

³ Embora a Net e a Sky pertençam a um grupo que também produz conteúdos.

⁴ Traduzido de Crawford, G. S. (1997) *The Causes and Consequences of Growth in the Cable Services Industry. Working Paper, Duke University*. Durham.

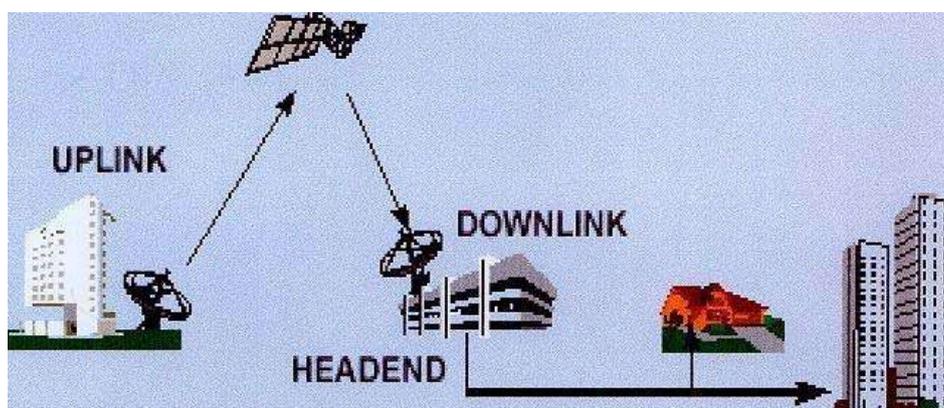
sons, arquivos de dados em geral) deve alterar, nos próximos anos, o caráter de transmissão em um único sentido (conceito de TV iterativa). De qualquer forma, pode-se aceitá-la como definição operacional para o caso em questão.

Adotada esta definição de TV por Assinatura, pode-se separar o serviço de transmissão, daquele da programação de vídeo. A partir daí, pode-se examinar as diferentes formas pelas quais o sinal é transmitido e, como estas diversas tecnologias moldam o mercado relevante.

Atualmente no Brasil existem três tipos de tecnologia para o fornecimento de TV por Assinatura (vide a respeito, Melo e Gutierrez, 1999 e Melo, Gorini, e Rosa, 1996⁵). O primeiro deles é o cabo, no qual o sinal de TV gerado no *head-end*⁶ - levado até os domicílios por uma rede constituída por cabos coaxiais e, eventualmente, fibras ópticas - é um somatório dos sinais de programadores locais e/ou daqueles recebidos de programadores distantes, os quais distribuem seus sinais através de ligações (*links*) via satélite. O gráfico 1 ilustra esquematicamente o funcionamento deste sistema:

Gráfico 1

Funcionamento do Sistema a Cabo



Fonte: BNDES (2000)

O segundo sistema é chamado de MMDS (*Multichannel Multipoint Distribution Service* - Serviço de Distribuição Multiponto e Multicanal). Neste sistema o sinal de TV é composto no *head-end* para possibilitar a sua transmissão até os assinantes através de um sistema de ondas em UHF. Cada assinante possui, obrigatoriamente, uma antena receptora e um aparelho deco-

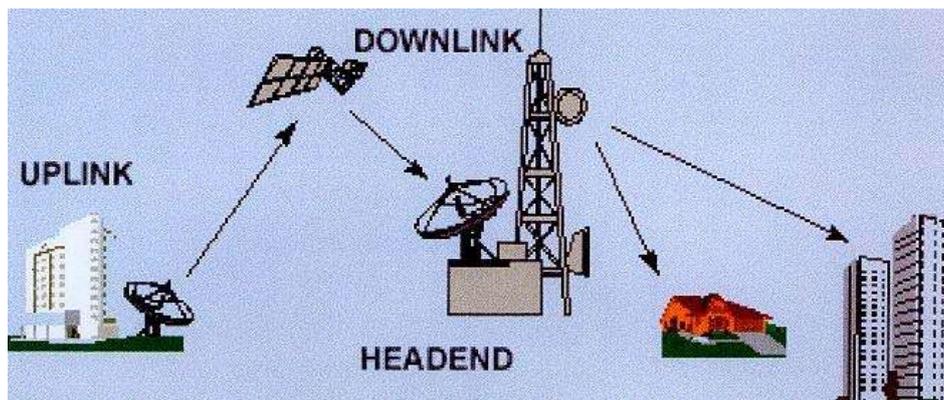
⁵ Melo, P. R. S. e Gutierrez, R. M. V. (1999) TV por Assinatura: Panorama e Oportunidades de Investimento. *BNDES Setorial*, n.º 09. Rio de Janeiro: BNDES e também Melo, P. R. S., Gorini, A. P. F. e Rosa, S. E. S. (1996) TV por Assinatura. *BNDES Setorial*, n.º 06. Rio de Janeiro: BNDES.

⁶ Central de Retransmissão

dificador. A antena do *head-end* deve estar instalada em um lugar alto para que as antenas dos assinantes possam “vê-la”. Da mesma forma que na TV a cabo, o sinal gerado no *head-end* é composto a partir dos sinais recebidos de programadoras locais e distantes. O gráfico 2 ilustra o funcionamento deste sistema.

Gráfico 2

Funcionamento do Sistema MMDS

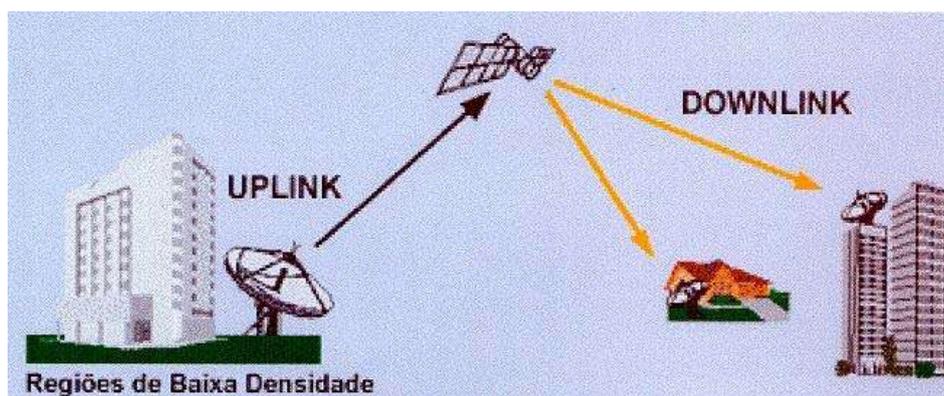


Fonte: BNDES (2000)

A transmissão de TV entre a operadora e os assinantes é analógica, porém existem perspectivas de que venha a ser digitalizada em breve, o que deverá aumentar a qualidade do sinal e possibilitar o envio de um maior número de canais.

Gráfico 3

Funcionamento do Sistema DTH



Fonte: BNDES (2000)

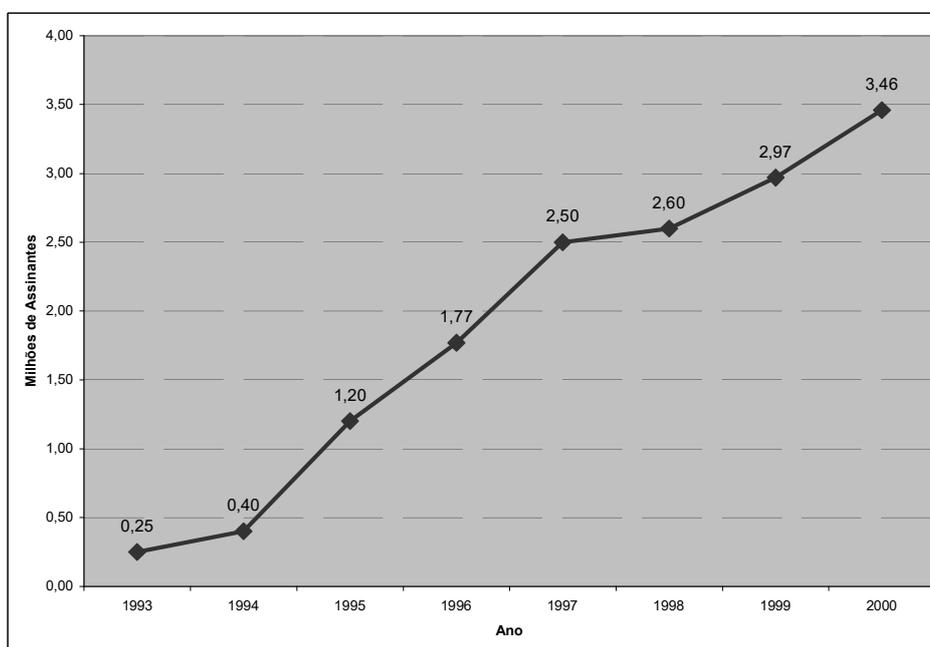
O terceiro sistema é chamado DTH (*Direct to Home* - Direto ao Lar) e permite que o sinal gerado pela operadora seja recebido no domicílio do assinante diretamente do satélite por ela “alimentado”. Para tanto, o assinante

deve possuir uma pequena antena parabólica e um decodificador. A operadora, preferencialmente, deve estar instalada em uma região de condições meteorológicas estáveis.

O sistema DTH mais antigo, analógico, é chamado de Banda C, pois ocupa uma faixa de frequências nessa banda (em torno de 6 GHz para subida e de 4 GHz para descida). Da mesma maneira, o sistema mais moderno, digital, é identificado pela sua faixa de operação, a Banda Ku (em torno de 14 GHz para subida e de 12 GHz para descida). O gráfico 3 ilustra o funcionamento deste sistema.

Gráfico 4

Evolução do Número de Assinantes



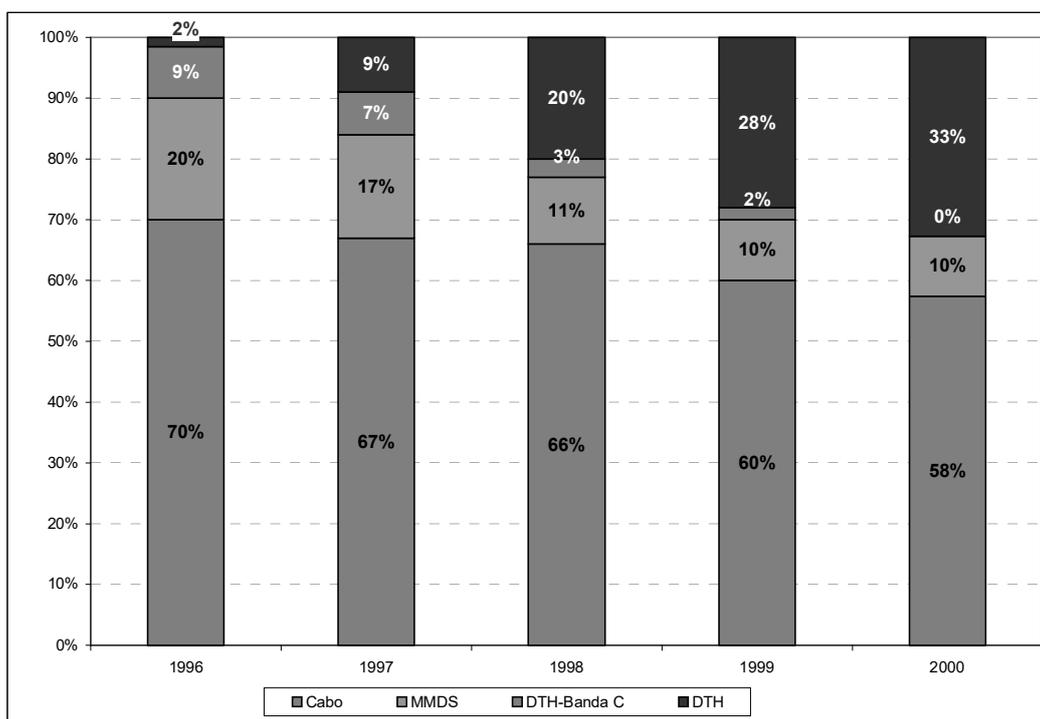
Fonte: BNDES (2000) e Pay TV Survey

O crescimento do número de assinantes do serviço de TV por Assinatura desde o início das operações no Brasil pode ser visto no gráfico 4. No período entre dezembro de 1993 e dezembro de 2000, houve um aumento de cerca de 1.200% na base de assinantes, o que é um indicador de que o serviço encontra-se em fase de introdução, quando as taxas de crescimento são elevadas, embora o número de usuários ainda seja reduzido, em torno de 10% dos domicílios, muito abaixo dos 60% nos Estados Unidos e dos 40% a 50% na Argentina.⁷

⁷ Guerin, Yhevelin e Jacks, Nilda. *O Desenvolvimento da Pesquisa de Audiência na TV Paga no Brasil*. ww.

A composição deste mercado, por sua vez, vem se alterando de forma significativa quanto às tecnologias dominantes e, portanto, quanto aos fornecedores do serviço. Desde a introdução do sistema DTH, a sua participação de mercado vem crescendo significativamente, de cerca de 9% em 1997 para 33% em dezembro de 2000. Este aumento de participação de mercado vem ocorrendo às custas dos sistemas já estabelecidos, como o de cabo e o MMDS.

Gráfico 5
Participação dos Fornecedores do Serviço de TV por Assinatura



Fonte: Pay TV Survey

O gráfico 5 mostra a evolução da participação de cada um destes serviços no total dos usuários de TV por Assinatura. Existe uma razão técnica para tal, que é o maior alcance do DTH quando comparado aos sistemas a cabo e MMDS que ficam limitados à áreas urbanas ou de melhor acesso.

As diferenças existentes entre estes três serviços não impedem que eles sejam considerados parte do mercado relevante de TV por Assinatura⁸,

⁸ Segundo a Corte Europeia de Justiça (vide Bishop, S. e Walker, M. *Economics of EC Competition Law*. London: Sweet & Maxwell. 1999. Pg. 55) “O conceito de mercado relevante implica de fato que haja uma competição efetiva entre os produtos que formam parte dele e isto pressupõe que existe um grau suficiente de capacidade

incluindo, desse modo, as companhias envolvidas com o fornecimento de cada um deles.

2.3 A TV Aberta e a Produção de Conteúdos de Programação

Os fornecedores de sinal aberto de televisão, ofertam um serviço substituto, que não está suficientemente próximo da TV por Assinatura, para ser considerado dentro do mesmo mercado relevante. Ou seja, conceitualmente, pode-se afirmar que a elasticidade cruzada da demanda entre os serviços prestados pelas emissoras abertas e os serviços de TV por Assinatura não é suficientemente forte para incluir todos os fornecedores em um mesmo mercado.

Em outras palavras, um pequeno mas significativo aumento nos preços, na mensalidade de qualquer um dos sistemas de TV por Assinatura (por exemplo o cabo), ocasionará um aumento na demanda pelos outros dois sistemas (MMDS e DTH). Mas ocasionará uma fraca influência no uso dos sistemas abertos de televisão.

Portanto, no que se refere ao serviço de transmissão, a TV por Assinatura se diferencia da TV aberta por três características principais:

- 1) **preço pago pelo consumidor**, que no primeiro caso inclui um custo de instalação e mensalidade enquanto na segunda o acesso é gratuito;
- 2) **variedade de conteúdos**, pois, enquanto na TV aberta o acesso se restringe ao conteúdo das concessionárias existentes (identidade entre transmissora e canal de programação), que, mesmo nas cidades mais desenvolvidas, não atinge 10 alternativas (incluindo as concessionárias mais conhecidas como Globo, SBT, Bandeirantes, Record, Rede das Emissoras Educativas e, eventualmente, emissoras regionais), no mercado de TV por Assinatura, cada empresa possui dezenas de alternativas de programação (no caso do MMDS, existe um máximo de 31 canais, a TV a Cabo tem uma média de 70 canais e o DTH, uma média de 120 canais);
- 3) **qualidade da transmissão**, que é, em geral, superior na TV por Assinatura, independente da alternativa tecnológica.

de intercâmbio entre todos os produtos que fazem parte deste mesmo mercado em um uso específico de um dado produto”.

O consumidor da TV por Assinatura paga por maior variedade de programação e de qualidade de transmissão, configurando um mercado distinto.

Todavia, embora em mercados distintos, existe uma forte ligação entre esses dois serviços, na fase em que o Brasil se encontra no Ciclo de Vida do Produto - ainda de introdução da TV por Assinatura – dada pelas seguintes relações, quais sejam:

- i. **O Conjunto de Consumidores de TV por Assinatura** é formado por consumidores que migraram da TV aberta, ou seja, todos os assinantes da TV paga, até bem pouco eram consumidores da TV aberta e, mais ainda, os futuros novos assinantes da TV paga virão da audiência da TV aberta;
- ii. **Os Novos Assinantes da TV paga**, que hoje são audiência da TV aberta, **conhecem muito melhor a programação já disponível na TV aberta** do que os canais disponíveis apenas na TV paga.

Essas assertivas podem ser comprovadas com as informações sobre as características do mercado de TV aberta. As cinco maiores redes nacionais de transmissão aberta e suas afiliadas locais fornecem seus serviços para mais de 95% dos domicílios brasileiros⁹, sem o pagamento de taxa de adesão ou mensalidade, já que as redes de televisão aberta e as estações de transmissão locais sobrevivem através da venda de espaço publicitário em sua programação.

Exemplo de sucesso de audiência podem ser aferidos pela lista dos programas mais assistidos da TV aberta nacional no Estado de São Paulo, quais sejam, as **novelas** da Rede Globo que atingem em torno de 35% de audiência, ou seja, 1,4 milhão de domicílios; o **Jornal Nacional**, da mesma emissora, com 37% de audiência e 1,5 milhão de domicílios, seguidos por **Show do Milhão** do SBT, 25% e **Programa do Ratinho**, 19%.

A concorrência entre esses *players* ocorre necessariamente por audiência, pois este é o principal indicador para definir o valor cobrado pelos intervalos comerciais. A importância das verbas publicitárias para a TV aberta é

⁹ As fontes de informação para estes dados são: Revista *Pay Tv Survey*, nº 37, de março de 2000; www.globocabo.com.br; www.investshop.com.br; www.infoinvest.com.br; www.ibope.com.br.

demonstrada pelo fato que 83% do investimento em propaganda no mercado brasileiro são destinados a essa mídia¹⁰.

Quando esses números são comparados com os de TV por Assinatura, verifica-se que as 99 operadoras de televisão a cabo, 10 de *MMDS* e três de *DTH* detinham, em 31 de dezembro de 1999, um total de 1.772.642, 295.578 e 905.348 assinantes, respectivamente¹¹. Um número ainda insignificante perto da audiência da TV aberta, que atinge a quase totalidade dos domicílios brasileiros, cerca de 36 milhões de lares dotados de pelo menos um aparelhos de TV.

A TV por Assinatura tem um grande potencial de crescimento, apesar da baixa penetração. Calcula-se que entre setembro de 98 e setembro de 99, a penetração da TV paga era ligeiramente superior a 10% dos domicílios nas principais regiões metropolitanas do país e, que este serviço ainda é um artigo de luxo, pois dos usuários de TV por Assinatura, 36% são da classe A e 48% da classe B, significando 84% do total. Os dados mostram também que os integrantes da classe C são os mais interessados em ter o serviço, representando algo em torno de 40% do universo que gostaria de ter TV por Assinatura.

De modo que, esse dados apontam que é absolutamente razoável considerar que o crescimento da audiência da TV paga virá de consumidores que já assistem à TV aberta, devido ao ainda baixo grau de penetração da TV paga e que, portanto, os consumidores já conhecem a programação das TVs abertas mais do que a programação das TVs por Assinatura. A própria disputa por audiência das TVs abertas amplia o conhecimento dos consumidores sobre a sua programação.

2.3.1 A Produção de Conteúdos de Programação

Não será examinada a competição entre os fornecedores de conteúdo separadamente, pois neste caso interessa apenas o impacto da oferta de conteúdo sobre o mercado de transmissão por assinatura. No entanto, para analisar este impacto, é necessário caracterizar os diferentes tipos de produtores do conteúdo para a TV por Assinatura.

¹⁰ O mercado de televisão brasileiro chama a atenção não só pelo seu tamanho, cerca de US\$ 3,8 bilhões em 1998, mas também pela sua concentração, a rede Globo detém mais de 80% da receita publicitária, embora a participação na audiência indique apenas 50% na média diária.

¹¹ Revista *Pay Tv Survey*, n° 37, de março de 2000.

No Brasil, o conteúdo das transmissões de TV por Assinatura é em sua maior parte produzido no exterior, principalmente nos Estados Unidos. O modelo americano baseia-se em terceirização, no qual grandes companhias de mídia, tais como a Time Warner, subcontratam pequenas empresas que realizam a produção do conteúdo. As fornecedoras de conteúdo tem interesse em aumentar o número de operadoras (brasileiras ou não) de TV por Assinatura que retransmitem suas programações.

O restante do conteúdo apresentado pelas operadoras de TV por Assinatura é produzido domesticamente. Desta produção, uma parcela significativa é representada pela produção de um grupo de televisão aberta, a Rede Globo.

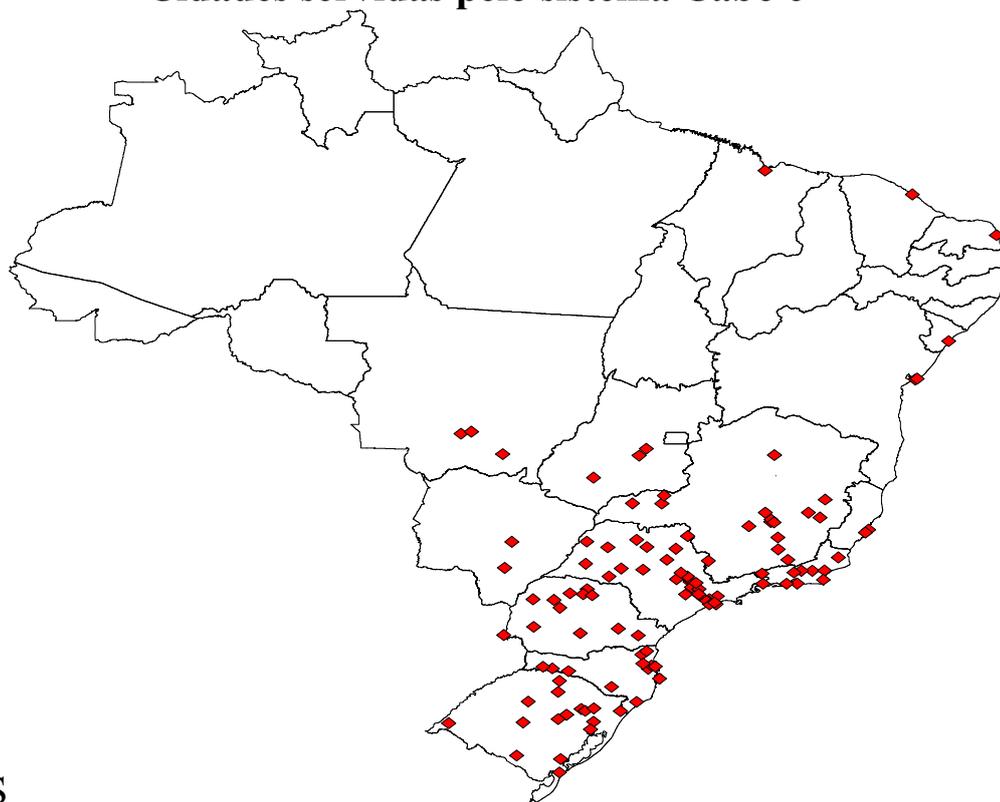
2.4 Mercado Relevante Geográfico

A definição do mercado relevante geográfico tem como motivo principal o alcance de cada uma das tecnologias de transmissão. O DTH tem aumentado sua participação em relação às operadoras que usam o sistema a cabo ou MMDS. A razão principal para esta queda na participação de mercado das companhias de cabo se deve principalmente ao fato que tais companhias possuem uma base de assinantes concentrada em regiões urbanas. É antieconômico expandir a rede de cabo em regiões de baixa densidade de usuários.

Nas regiões urbanas, além disso, já existe uma rede aérea de cabos que facilita a expansão da TV a cabo. As regiões urbanas também facilitam o uso do MMDS, porque a captação do sinal gerado pelo *head-end* é melhor. As três figuras a seguir mostram as regiões cobertas pelos sistemas de Cabo+MMDS, e o sistema DTH.

Gráfico 6

Cidades servidas pelo sistema Cabo e



MMDS

Gráfico 7
Regiões servidas pelo sistema DTH (DirecTV)

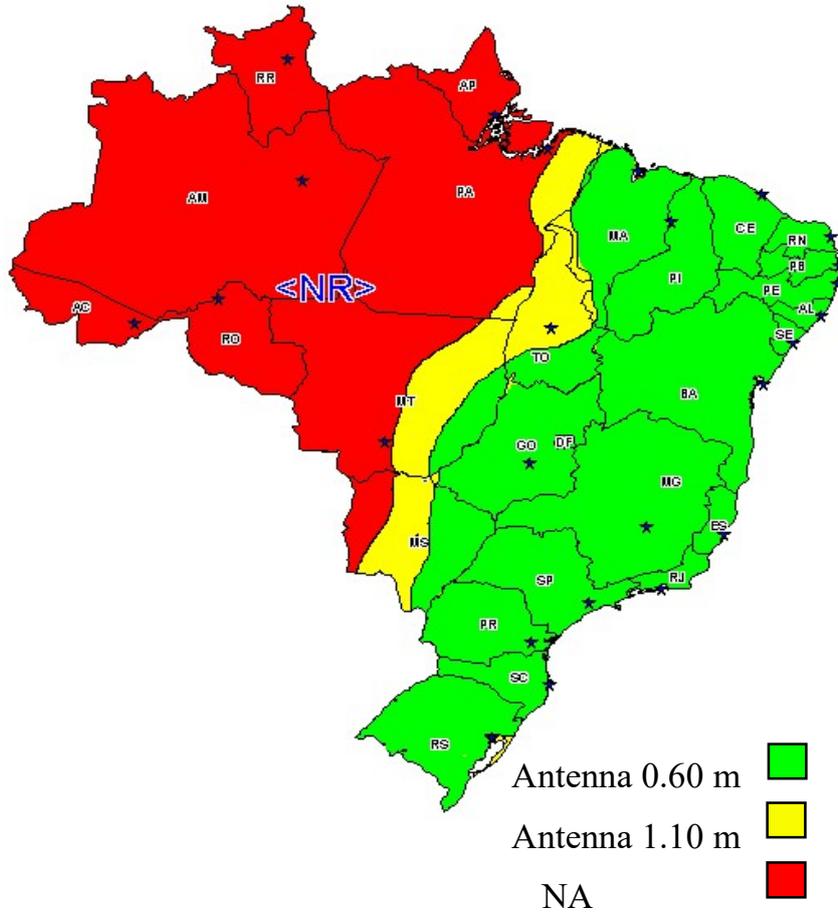
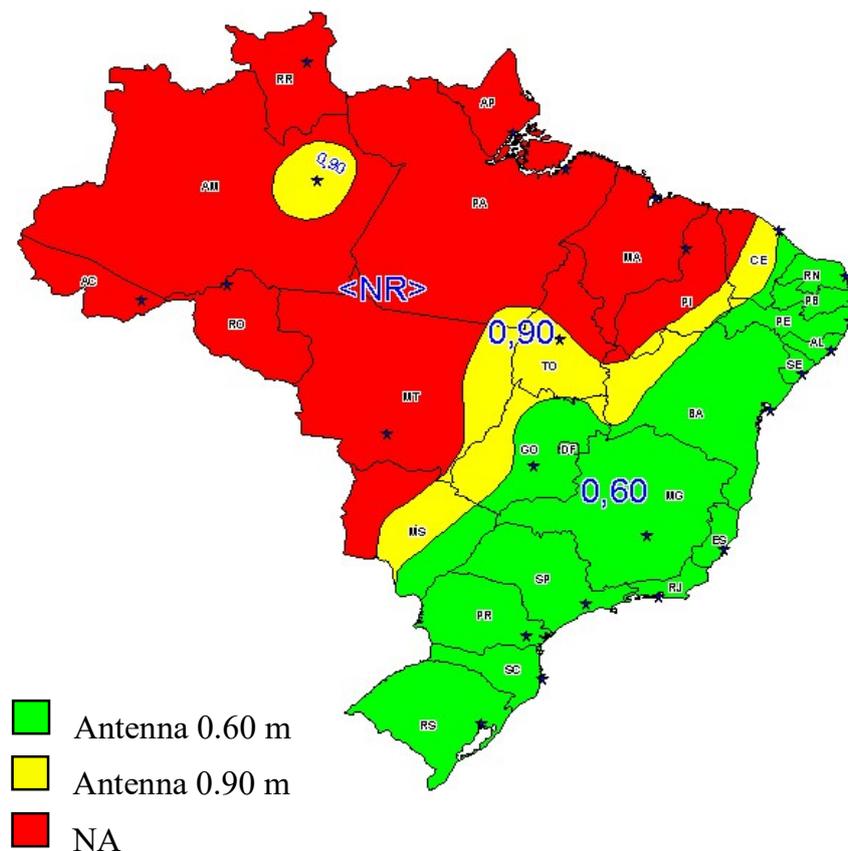


Gráfico 8
Regiões servidas pelo sistema DTH – (Sky)



Os gráficos demonstram que as operadoras de DTH tem uma área de cobertura muito maior do que aquelas que usam os sistemas a cabo e MMDS, o que explica em parte o maior crescimento das operadoras Sky e DirecTV em relação às operadoras que usam os outros sistemas.

2.5 Os “*Players*” no Mercado de TV por Assinatura

A caracterização do mercado necessita ainda da análise da evolução das participações de mercado dos “*players*” em cada um dos segmentos tecnológicos. Em primeiro lugar, observa-se a evolução do conjunto formado pelos serviços de cabo e MMDS e, a seguir, verifica-se a situação das companhias fornecedoras do serviço DTH.

2.5.1 Cabo e MMDS

Entre os participantes do mercado relevante que utilizam estas tecnologias, existem dois grandes grupos, que são proprietários de boa parte das operadoras deste serviço. Um deles é composto pelo Grupo Abril, que é detentor da concessão da TVA, a segunda maior rede de TV por Assinatura a cabo do país. O grupo das companhias que fornecem este sistema é composto pela própria TVA, pela TVA sul, pela Canbrás e pela TV filme.

O outro grupo é controlado pela Rede Globo, que detém a propriedade da NET, que é a maior companhia fornecedora destes serviços no país. As companhias que compõem este grupo de fornecedores são a própria NET a Globocabo, a Net Catanduva, a Net Umuarama, a Net Vitória, a Net Sul, a Transcabo e a Unicabo, além da Net Fortaleza e a Net Angra, bem como a Way Brasil, a TV Cidade e a Acom (Dec).

Em dezembro de 2000 a participação de mercado destas companhias era a seguinte: a NET e as emissoras afiliadas possuíam 1.593.800 assinantes, cerca de 45,94% do total de usuários do serviço de TV por Assinatura, enquanto as emissoras afiliadas ao grupo TVA possuíam 561.635 assinantes, ou 16,19% do total de usuários. Portanto, a participação da Rede Globo, através de suas afiliadas, é cerca de 3 vezes maior do que a participação do principal grupo concorrente neste segmento.

A soma das participações dos dois grupos totaliza 62,13% do total de usuários de TV por Assinatura, de uma parcela de 68% que se utilizam dos sistemas MMDS e Cabo. Portanto, as operadoras independentes de cabo no mercado nacional desempenham apenas um pequeno papel.

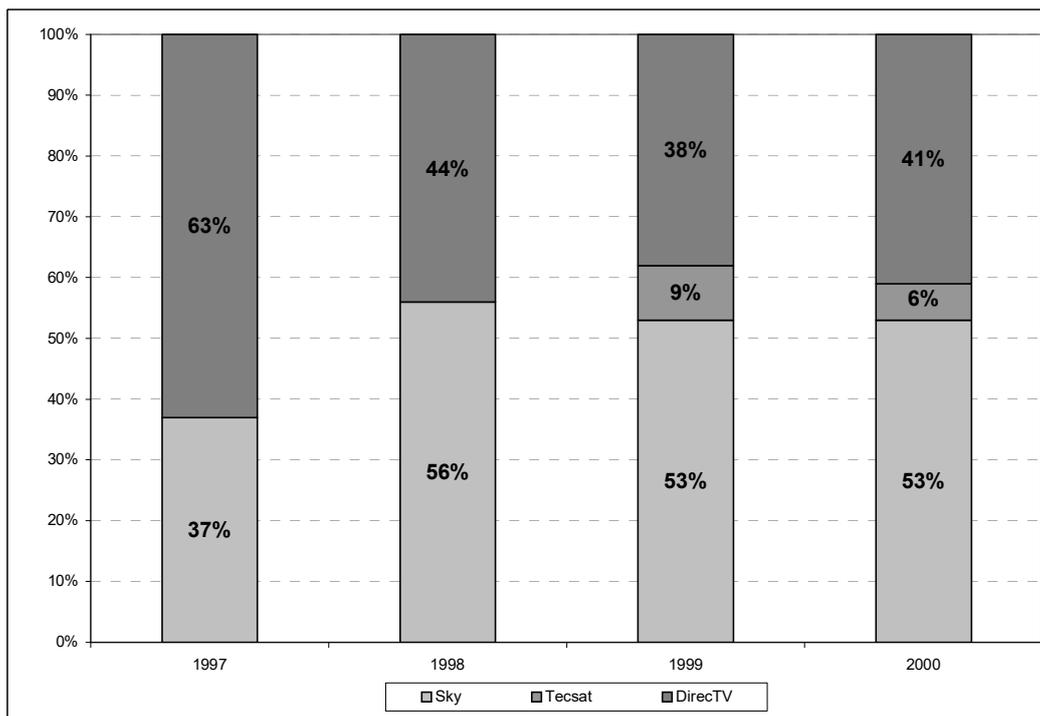
2.5.2 DTH

As três companhias operadoras, Sky, DirecTV e Tecsats que utilizam a tecnologia DTH vêm apresentando um crescimento significativo, em conjunto ele é de 36% ao ano, chegando à marca de 1,1 milhão de assinantes em dezembro de 2000.

Quanto às participações de mercado, a DirecTV apresenta tendência de queda desde o ano de 1996, com pequena recuperação em 2000. Esta queda está relacionada principalmente com o aumento da participação de mercado da Sky, bem como com a entrada de um terceiro competidor no mercado em dezembro de 1998, a Tecsats. Os dados estão expostos no gráfico 9.

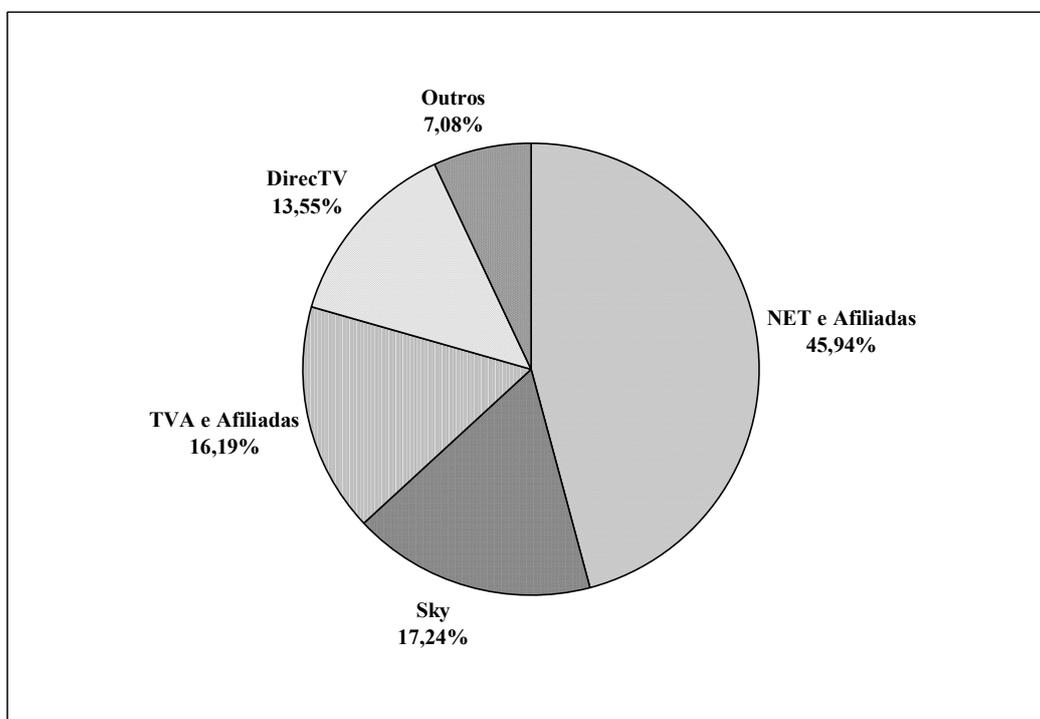
Gráfico 9

Participações de Mercado no Serviço DTH



Fonte: Pay TV Survey

Gráfico 10 Participação de Mercado por Companhias



Fonte: PTS's nº 46 and 49.

Quanto às companhias envolvidas, é importante notar que a Sky está ligada a um dos grandes grupos controladores da TV por Assinatura a cabo, a Rede Globo, que já possui posição dominante no mercado de TV aberta. Segundo os dados de dezembro de 2000, a Sky possui uma participação de mercado de 53% no segmento DTH, superando a sua principal concorrente, a DirecTV, que possui 41%.

Concluindo, pode-se observar que existe uma grande concentração no fornecimento do serviço de TV por Assinatura no Brasil. O grupo liderado pela Rede Globo (Net e afiliadas, mais Sky) possui uma participação de 63% do total, o que indica que também neste mercado a Rede Globo possui liderança de mercado. Ela detém uma participação que é duas vezes maior do que a participação da segunda e terceira companhias, TVA e DirecTV, somadas (29,74%). O gráfico 10 ilustra esta conclusão.

3. A Restrição para Transmissão de Sinal e a Conduta de Exclusão

Os fatos econômicos discutidos até agora, descrevem as características gerais do mercado de da TV por Assinatura, quais sejam:

- i. **Fase de introdução de uso do serviço**, caracterizada por baixa penetração hoje, mas com altas taxas de crescimento¹²;
- ii. **Crescimento da participação das operadoras de DTH**, devido às características desta tecnologia, que pode atender áreas sem grande densidade de usuários (ao contrário de cabo e MMDS);
- iii. **Posição dominante da rede Globo na TV aberta**, expressa pela participação de mais de 50% da audiência e mais de 70% das receitas de publicidade para TV;
- iv. **Formação de posição de liderança da rede Globo (NET e afiliadas mais Sky) no mercado de TV por Assinatura**, atingindo 63,18% do total de assinaturas, enquanto os outros dois grandes *players* TVA e DirecTV tem 29,74% do total.

Este quadro estrutural é compatível com a existência de estratégias racionais de busca de posição dominante por parte da Rede Globo, com o obje-

¹² O ciclo de vida do produto é caracterizado por quatro fases, de acordo com a taxa de crescimento da demanda: a) introdução; b) crescimento; c) maturidade e d) declínio.

tivo de - a partir de posição estabelecida na produção de conteúdos e no mercado de TV aberta – controlar o mercado de TV por Assinaturas.

A compreensão do quadro, e da possível conduta de exclusão, é reforçada quando são analisados os aspectos presentes nas estratégias de domínio de mercado:

- i. As **condições necessárias** para caracterizar uma **tentativa** de “**dominar mercado** relevante de bens ou serviços”, a partir de posição dominante em mercado relacionado;
- ii. As **características do mercado consumidor** de TV por Assinatura que possibilitam que a liderança do mercado de TV aberta auxilie – via condutas de exclusão – o domínio do mercado de TV por Assinatura;
- iii. A **inexistência de motivo econômico razoável**, que não a tentativa de excluir concorrentes, na conduta de impedir a retransmissão dos sinais da TV Globo aberta.

A análise destes três aspectos, permite uma maior compreensão dos efeitos - atuais e prospectivos – à concorrência da restrição imposta pela Globo à DirecTV e aos outros prestadores de serviços de TV por Assinatura.

3.1 Condições para Caracterizar Tentativa de Dominar Mercado

Inicialmente, sabe-se que a Lei 8.884/94 em seu Art. 20, que define as infrações à ordem econômica, afirma:

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

*II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
(...)*

§ 1.º “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II”.

Esta redação deixa clara que é prática absolutamente normal e saudável de mercado, a conquista de mercado resultante de maior eficiência de uma empresa. Portanto, o domínio do mercado de TV aberta por parte da Rede Globo não levanta qualquer consideração, pois entende-se que esteja baseada

em sua capacidade de atingir uma elevada qualidade em suas produções e de atender às exigências da audiência brasileira, fazendo parte do jogo normal de mercado.

Todavia, esta posição não pode ser utilizada para alcançar posição de liderança em mercado relacionado, se, essa conduta produzir efeitos negativos sobre a concorrência. Na jurisprudência americana, para definir tentativas ilegais de domínio de mercado, conforme Hovenkamp (1999: 269)¹³, seguem-se os seguintes parâmetros:

“hoje, a regra legal prevalecente, segue de perto a segunda versão proposta pelo Juiz (da Suprema Corte) Wyzanski, de que a caracterização da monopolização ilegal requer a demonstração que o acusado: (a) tem “poder de monopólio”, entendido como um substancial poder de mercado; e (b) que tem exercido este poder. (...) O que significa “exercer” poder de monopólio é algo ambíguo. A venda de produtos a um preço de monopólio é certamente um “exercício” de poder – todavia, as Cortes tem considerado de forma consistente que mesmo um monopolista pode legalmente vender o seu produto a um preço que é o que maximiza o seu lucro¹⁴ (...). O Juiz Wyzanski sabiamente definiu o “exercício” de poder de monopólio como uma prática de “exclusão” – ou seja, uma prática que impede que os rivais potenciais entrem no mercado do monopolista, ou, que os rivais existentes possam aumentar suas vendas quando o monopolista aumenta seus preços.” (grifo nosso).

Note-se que tentativa de monopolizar, não significa dizer que o agente econômico pretende se tornar um “monopólio” no sentido estrito de livro texto de economia, de único produtor, mas que busca o domínio do mercado, impedindo - de forma irregular - a entrada de novos concorrentes ou, impedindo o aumento de participação de mercado dos concorrentes existentes. Situações de “monopólio” no sentido estrito são praticamente inexistentes no mundo real, a não ser nos mercados onde a regulação estatal impõe apenas um produtor.

¹³ Hovenkamp, H. (1999) *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its practice*. St. Paul (Minn.): West Group. 2nd ed.

¹⁴ Ou seja, o monopolista pode vender a um preço de monopólio que não está praticando uma ilicitude.

Assim, condutas que busquem excluir concorrentes efetivos ou potenciais por parte de empresa que já possui domínio de mercado, é uma infração. No presente caso, a conduta avaliada, é a de recusa de permitir a transmissão de sinal, ou seja, uma recusa de negociar a venda de um serviço. Nos EUA, a decisão US v. Colgate & Co (250 US 300) considerou que “na ausência de qualquer propósito para criar ou manter um monopólio”, um agente econômico é livre para decidir com quem negociar¹⁵.

No Brasil, decisões do CADE seguem a mesma linha, como bem apontam os Drs. Tércio Sampaio Ferraz e Sérgio Varella Bruna (Processo Administrativo, pg. 52), ao citar Voto do Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro na Representação 131/93 (pg. 767), como se vê a seguir:

“Nenhum empresário é obrigado, por qualquer norma jurídica em vigor no Brasil, a contratar a venda de suas mercadorias ou a prestação de serviços com outros empresário intermediário do fornecimento. O fabricante tem o direito de simplesmente não vender seus produtos a determinado comerciante, por motivos subjetivos particulares, pessoais ou que só a ele digam respeito.

*“Apenas se configura **ilícita a recusa de venda** se esta for o instrumento de **política** empresarial **restritiva**: quer dizer, se através de recusa puder se verificar o efeito de eliminação de concorrência, domínio de mercado ou o aumento arbitrário de lucros, então haverá infração contra a ordem econômica.”* (grifo nosso).

Mas, é exatamente este o caso examinado no P.A., o de possível conduta restritiva, que tem como efeito o domínio do mercado relevante de TV por Assinatura. Assim, se demonstrado que o efeito da recusa de negociar a transmissão de sinais, exclui concorrentes e leva ao domínio de mercado – tal conclusão terá como conseqüência lógica a consideração de ilicitude de tal recusa.

É uma conseqüência inescapável da doutrina americana do caso Colgate e – especialmente para este caso, pois segue jurisprudência do CADE – do Voto do Ilustre Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro, trazido aos autos pela reafirmação do Voto supracitado pelos Drs. Tércio Sampaio Ferraz e Sérgio Varella Bruna, Ilustres Patronos das Representadas. De modo que, a questão central para o presente caso, também de acordo com a jurisprudência,

¹⁵ Vide Hovenkamp, op .cit., pg.293.

é a dos efeitos da recusa de negociar, se provoca exclusão de concorrentes e domínio de mercado.

No presente caso, observa-se que o exame da possível conduta de exclusão para dominar mercado relevante, não ocorre no mercado onde a empresa já detém esta posição, o de TV aberta, mas em mercado interrelacionado, o de TV por Assinatura, onde se tornou líder.

De modo que, devem ser examinados os efeitos na concorrência da assimetria entre as operadoras que podem retransmitir os sinais da Rede Globo e os seus concorrentes impedidos de fazê-lo. Considera-se também que, a regulação estatal, ao obrigar as Redes de TV aberta a permitirem a retransmissão de seus sinais por parte das empresas de TV a cabo, gerou uma diferença adicional decorrente da tecnologia utilizada pela operadora, se cabo, ou MMDS/DTH, com as primeiras podendo transmitir os sinais da Rede Globo e as do segundo grupo não.

Os efeitos concorrenciais da assimetria na transmissão dos sinais da Rede Globo, dependem de como decidem os consumidores em relação a fatores como: a inexistência de um conteúdo específico (a programação da Globo) no conjunto ofertado por cada operadora, o preço dos serviços ofertados por cada operadora e do custo de mudança de operadora. Fatores discutidos na próxima seção.

3.2 A Escolha de Operadora pelos Consumidores

A decisão do consumidor, conforme Schiffman e Kanuk (2000)¹⁶ depende, além de fatores como preço e disponibilidade, do conhecimento do produto, que é sinalizado pela marca e pode gerar lealdade a um produto ou serviço. Em geral, a fidelidade a um determinado produto ou serviço é o resultado de uma atitude potencial com relação a este produto ou serviço, combinado com um padrão de escolha repetido deste mesmo produto.

Segundo Dick e Basu (1994)¹⁷, esta atitude potencial com relação ao produto seria, por sua vez, resultado de duas dimensões: a força da atitude (em relação à marca, serviço pós venda etc.) e o grau de diferenciação entre as

¹⁶ Schiffman, L.G. e Kanuk, L. L. (2000) *Consumer Behavior*. 7th Edition. New Jersey: Prentice-Hall.

¹⁷ Dick, A.S. e Basu, K. (1994) *Customer Loyalty: Toward an Integrated Conceptual Frame work*. Journal of the Academy of Marketing Science, 22(2).

marcas. A tabela 1 ilustra como a lealdade a um serviço é uma função destas duas características.

Tabela 1
Fidelidade à Marca como Função de
Atitude Relativa e Frequência de Compras

		Frequência de Compra	
		Alta	Baixa
Atitude Relativa	Alta	Fidelidade	Fidelidade Latente
	Baixa	Fidelidade Espúria	Nenhuma Fidelidade

Fonte: Schiffman e Kanuk (2000)

Um consumidor que tem uma baixa atitude relativa (baixa avaliação de um produto), mas pouca diferenciação entre as marcas, pode repetir com frequência a compra do mesmo produto por fatores ocasionais, tendo uma fidelidade espúria. De outro lado, um consumidor cuja satisfação com um produto aumenta à medida que ele repete a compra, reduz a busca de informação sobre marcas alternativas, criando fidelidade. Uma pesquisa de mercado mostrou que 74% da amostra de consumidores estudada resistia à promoção de marcas rivais, uma vez que já tinham achado uma marca com a qual estivessem satisfeitos.

Esta tipologia aplica-se também para os consumidores de serviços, como o de programação televisiva. É um serviço que tem uma alta repetição na decisão de consumo, pois seja na TV aberta, seja na paga, a escolha de canal a ser assistido ocorre frequentemente. É também um serviço onde o consumidor pode distinguir entre as marcas, pois cada canal tem uma programação específica, facilmente identificável. Portanto, resta saber a atitude dos consumidores (sua avaliação da qualidade, ou sua preferência) por determinado canal que, se for alta, gera fidelidade, caso contrário, implica em fidelidade espúria, de acordo com a tipologia acima.

Portanto, se a atitude for positiva, a criação de fidelidade deve levar o consumidor à escolher grupos de programação oferecidos pelas operadoras pagas, que possuam os canais de programação aos quais se tornou fiel. Para avaliar empiricamente tal assertiva, deve-se examinar as pesquisas de comportamento do consumidor no que se refere à escolha de programação, o que leva

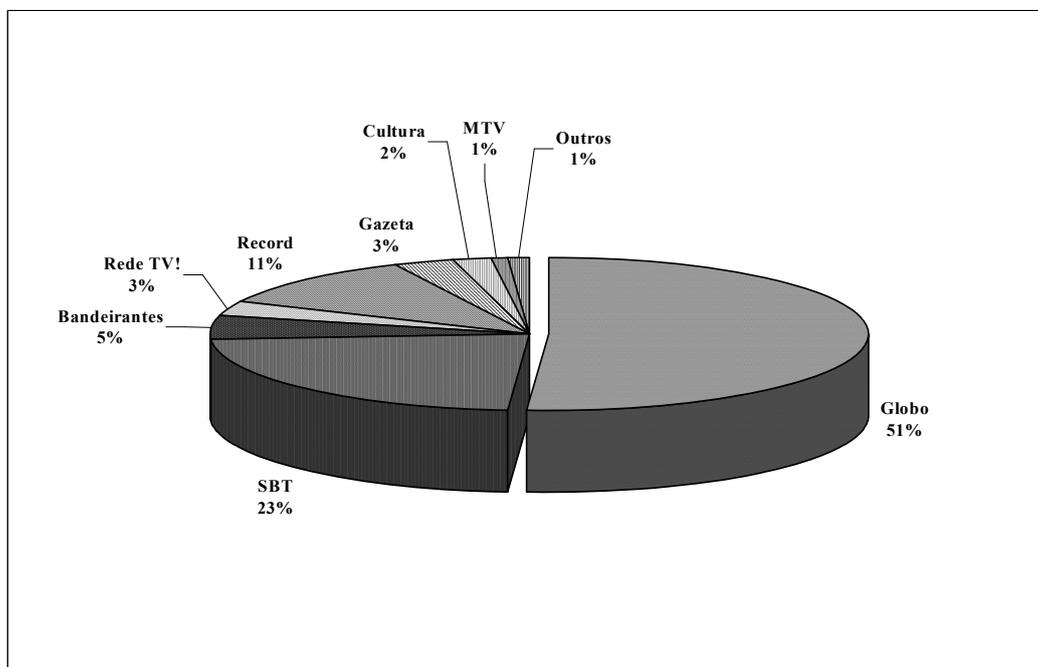
à revelar sua atitude. Posteriormente, serão analisados também fatores como acesso e preço.

A primeira evidência empírica da existência de fidelidade é a manutenção de audiência na TV aberta, pois, dada a facilidade de conhecer a programação de outros canais, se existe insatisfação com a programação que está sendo assistida, basta mudar de canal. Mesmo com essa facilidade, a Rede Globo, primeira colocada, possui uma participação de mercado maior do que duas vezes a do segundo colocado, o SBT.

Os gráficos 11 e 12 mostram, respectivamente, a participação de cada uma das televisões abertas em dois horários: o horário noturno, que é considerado pelas emissoras como o horário com maior retorno publicitário, e a média diária. Os dados foram calculados como uma média quadrissemanal, ou seja, a média das quatro semanas anteriores ao dia 16 de março de 2001. Eles indicam que no momento de maior número de televisores ligados e de maior retorno comercial, o período noturno, que inclui o chamado “horário nobre”, a Rede Globo possui uma participação majoritária na audiência.

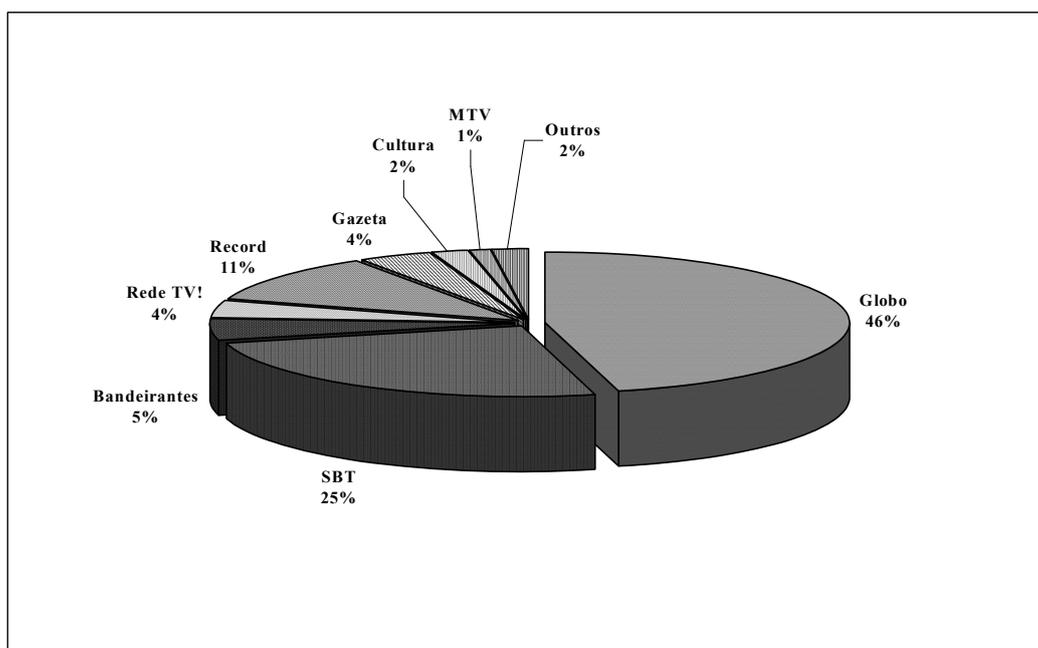
Quanto às outras companhias de TV aberta, destaca-se ainda a posição do SBT, que se consolidou na segunda posição, ainda que bem atrás da Rede Globo. Embora em alguns nichos de mercado, os programas do SBT consigam até ultrapassar em audiência os similares da Globo. Quanto às outras companhias, a sua participação é marginal.

Gráfico 11
Share das Emissoras de Sinal Aberto
Período Noturno



Fonte: IBOPE (ADP – São Paulo)

Gráfico 12
Share das Emissoras Abertas
Média Diária



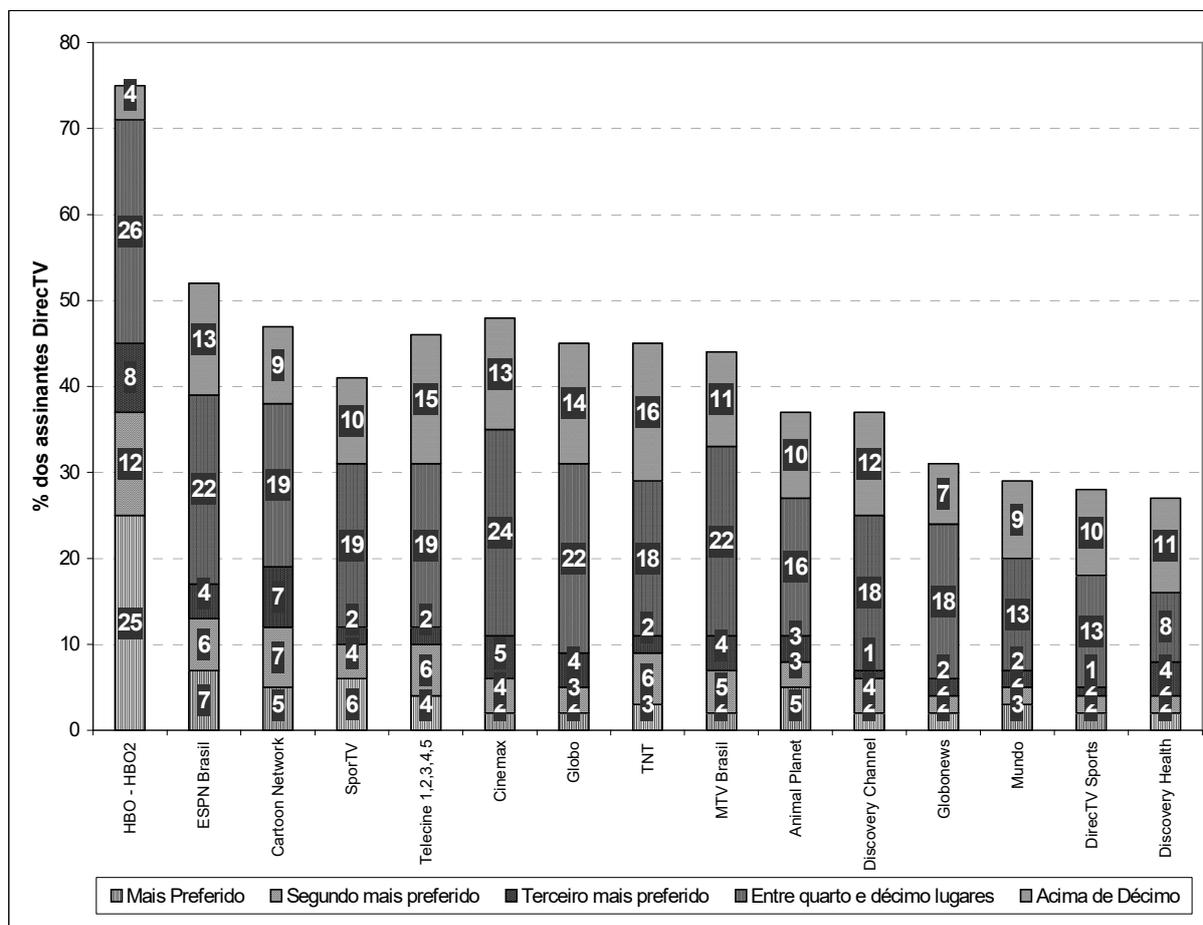
Fonte: IBOPE (ADP – São Paulo)

Em resumo, a distribuição da audiência mostra o mercado de televisão aberta dominado por um grande agente – a Rede Globo – com um segundo colocado importante – o SBT – e vários pequenos concorrentes com importância marginal.

A persistência no tempo da distribuição de audiência - a Rede Globo apresenta os maiores níveis de audiência ao longo de mais de vinte anos - apoia a hipótese de comportamento vista acima, de que com o aumento da satisfação do consumidor com as escolhas repetidas de um determinado canal, a fidelidade desenvolve-se. Schiffman e Kanuk (2000) relatam também, que existem evidências indicando que boa parte desta atitude relativa (avaliação da marca ou de prestador de serviços) se desenvolve ao longo da vida, e em especial no contexto familiar, exatamente, onde se consome o serviço TV aberta, o que reforça a hipótese de existência de fidelidade ao canal.

A análise por intermédio de pesquisas do comportamento do consumidor dos canais de TV por Assinatura, mostra também uma preferência com relação à Globo. A PRM International (Research “Pay TV Market in Brazil” – Work Field : 6th November to 5th December 2000) realizou uma pesquisa que mensurou as preferências de dois grupos de consumidores da DirecTV. O primeiro deles é composto por 300 assinantes do sistema DTH DirecTV, enquanto que o segundo grupo é composto por 200 ex-clientes do mesmo sistema. Cada grupo foi perguntado sobre quais seriam os canais que gostariam que compusessem um sistema de TV por Assinatura. Os gráficos 13 e 14 mostram os resultados da pesquisa, com as respostas para cada canal. Para os dois grupos a TV Globo tem importância.

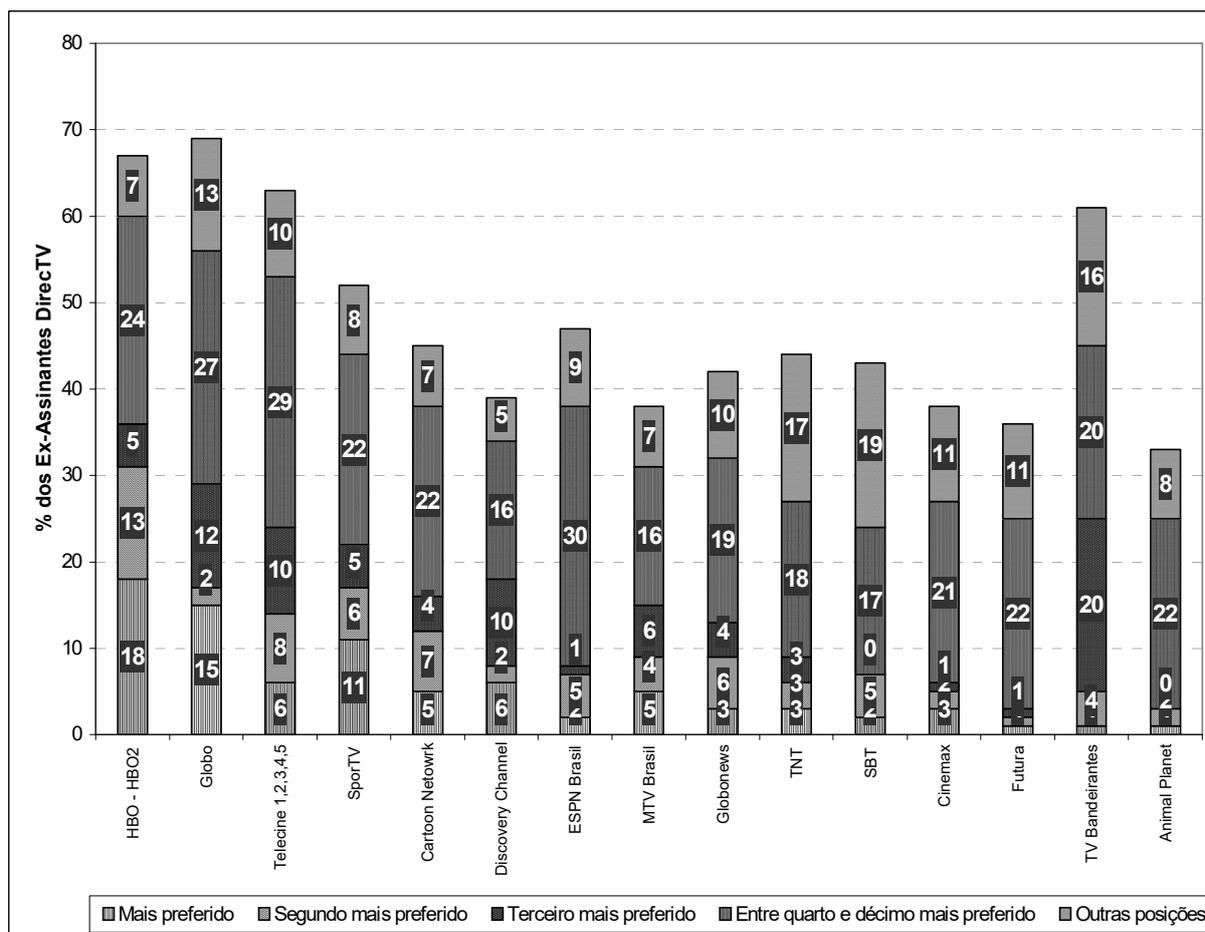
Gráfico 13
Preferências dos Assinantes DirecTV



Fonte: PRM Int. - Research "Pay TV Market in Brazil" – Work Field : 6th November to 5th December 2000

Gráfico 14

Preferências dos Ex-Assinantes DirecTV



Fonte: PRM Int. - Research "Pay TV Market in Brazil" – Work Field : 6th November to 5th December 2000

Ressalta-se entre os resultados, que para os **ex-assinantes DirecTV** (ou seja, que em parte devem ser clientes de outro provedor dos serviços de TV por Assinatura), a Globo ainda é considerada muito importante. É mais uma comprovação da fidelidade do consumidor à programação fornecida pela Rede Globo.

Muitas evidências são trazidas pelo estudo de Guerin e Jacks (1998)¹⁸ sobre a evolução **da Pesquisa de Audiência da TV Paga no Brasil**. Serão feitas referências a uma série de pesquisas, todas elas mencionadas no estudo citado, que por brevidade será denominado a seguir de G & J (1998).

A primeira destas pesquisas sobre o meio de TV fechada, citadas por G & J (1998), foi realizada pela DPZ, que "*instada pelo interesse de anunci-*

¹⁸ Guerin, Y e Jacks, (1998) *O Desenvolvimento da Pesquisa de Audiência na TV Paga no Brasil*

antes como a Souza Cruz (freqüentadora de canais fechados), desenvolveu uma pesquisa pelo Instituto Retrato Consultoria e Marketing em agosto de 96 junto a assinantes Net/Multicanal e TVA das praças de São Paulo e Rio de Janeiro.” Este foi um levantamento exploratório de comportamento de audiência que apresentou as seguintes conclusões:

“A partir desta pesquisa qualitativa, chegou-se a algumas conclusões, como por exemplo, que a TV paga divide preferências com as programações esportivas da Rede Bandeirantes, com as novelas, especiais e esportes da Globo” G & J (1998).

Na mesma pesquisa, foi constatado que muitos assinante preferem ver os canais de filmes, após a meia-noite ou nas noites de sexta feira e nos fins de semana. Consideraram que *“o hábito de assistir TV por assinatura é algo em formação e que ainda é cedo para que as pessoas adquiram novos hábitos”*.

Um segundo estudo mencionado por G & J (1998) foi realizado para a TVA, pelo Instituto Adélia Franceschini & Associados, que mostrou que o assinante de TV paga é culturalmente elitizado, composto de 81% de chefes de família com instrução superior e, onde 78% dos assinantes falam idioma estrangeiro.”

A pesquisa apurou que *“os canais mais assistido da operadora são os de filmes, a **HBO/HBO2**, com uma média diária de audiência de 12,3% perdendo só para a Rede Globo (46,6%). No Domingo estes índices mudam, ficando os canais de filmes com 14% e a **Globo com 37%**.”* G & J (1998). Portanto, mesmo entre os sofisticados assinantes da TVA a cabo - que pode transmitir os sinais da Rede Globo aberta - o canal da TV Globo é o líder, com uma audiência três vezes superior aos dos canais de filmes, que estão em segundo lugar.

A mesma pesquisa analisou a audiência espontânea dos usuários da Net, que concluiu que *“os canais Net também atingiram um pico de audiência (22hs) em São Paulo de 14,5% e no Rio de Janeiro de 17%, perdendo, igualmente, para a Rede Globo que teve seu pico de audiência às 20hs com 36,3% em São Paulo e 34,8% no Rio de Janeiro”* G & J (1998). Os resultados dessa pesquisa estão disponíveis na tabela 2 (tabela 1 de G & J, 1998) e confirmam que para os assinantes da Net, assim como para os da TVA, a programação da Globo aberta é a preferida, atingindo neste caso, algo entre duas e três vezes a audiência dos canais que estão em segundo lugar.

Tabela 2**Audiência Net/Muticanal**

<i>Picos de audiência</i>	<i>São Paulo</i>	Rio de Janeiro
Globo (20h)	36,3	34,8
Net (22h)	14,5	17
SBT (*)	8,5	6,4

(*) O SBT tem picos de horários diferentes em São Paulo (17h) e Rio de Janeiro (22h).

Fonte: Data Folha

A terceira pesquisa citada por G & J (1998) foi realizada para a TVA, novamente pelo instituto Adélia Franceschini em fevereiro de 1996, e concluiu que a “*sua audiência média diária (da TVA) estaria em torno de 21,5% dos domicílios, das 12hs às 22hs, perdendo só para a rede Globo com 30,2%. Após as 22hs até 6hs a TVA ganha da Rede Globo com 21,6% contra 18,5%.*”. Os resultados desta pesquisa aparecem na tabela 3 (tabela 2 de G & J, 1998). Note-se que no item audiência TVA, o dado refere-se ao somatório dos canais só acessíveis àquela TV paga.

Tabela 3**Audiência TVA****média diária SP e RJ**

<i>Canal</i>	<i>Audiência</i>
Globo	30,2
TVA	21,5
SBT	7,5
Soma das abertas sem Globo	16,6

Fonte: Instituto Adélia Franceschini (fevereiro de 96)

A seguir, são citadas as pesquisas realizadas pelas operadoras e pela agência DPZ, onde – igualmente - ficou patente “*que o assinante de TV tem preferência por assistir TV Globo, optando em segundo lugar pelas emissoras fechadas e depois SBT*”, G & J (1998).

A operadora Net, afiliada à Rede Globo também realiza pesquisas entre os assinantes das cidades São Paulo e Rio de Janeiro, para mensurar o comportamento de sua audiência frente a todos os canais de sua programação, que permitem concluir que mesmo “*não representando a audiência da Net, estas pesquisas trazem algumas curiosidades, que confirmam ainda mais as pesquisas realizada pelas agências e pela operadora TVA*”, G & J (1998).

Essas pesquisas são realizadas pelo Datafolha para a Net, e permitem constatar as mudanças ocorridas na penetração das emissoras para os canais de TV aberta e de TV fechadas, como se vê a seguir:

“A Rede Globo vem atraindo mais cariocas e paulistas desde maio de 96, tendo uma evolução de 61% e 55% (respectivamente) em maio de 96 para 62% e 59% em agosto do mesmo ano. Entre os paulistas o SBT ganha do Telecine, mesmo que o canal de filmes esteja ganhando pontos. Já no Rio de Janeiro, o Telecine ganha do SBT com 25% contra 22% em agosto de 96” G & J (1998).

Mais uma vez, uma pesquisa, realizada por instituto independente, o Datafolha, para a Net (do Grupo Globo), confirma a liderança da TV Globo aberta entre os canais preferidos pela audiência da TV por Assinatura, “*Pode-se confirmar que a TV Globo ainda é a preferência em comum nas duas cidades*”. Estes resultados podem ser observado nas tabelas 4 e 5 (tabelas 3 e 4 de G & J, 1998).

Tabela 4
Penetração estimulada de algumas emissoras em São Paulo(27)
Agosto/95 X Fevereiro/96 X Maio/96 X Agosto/96.

<i>Mês</i>	Ago/95	<i>Fev/96</i>	<i>Maio/96</i>	<i>Ago/96</i>
Globo	64	62	55	59
SBT	32	38	30	26
Telecin.	25	31	21	23
SporTV	11	14	09	14
Fox	16	24	11	13
Multishow	11	18	10	12
Cartoon	10	13	10	12
GNT	09	15	09	12

Base: Total da amostra - ago/95 = 1.765; fev/96 = 1.691;
maio/96 = 1.563 e ago/96=1.584 entrevistas.

Tabela 5

**Penetração estimulada de algumas emissoras no Rio de Janeiro
Agosto/95 X Fevereiro/96 X Maio/96 X Agosto/96.**

Mês	Ago/95	Fev/96	Mai/96	Ago/96
Globo	59	61	61	62
Telecin.	22	25	24	25
SBT	22	25	29	22
SporTV	11	13	18	16
Fox	18	15	15	15
GNT	12	13	17	14
Multishow	10	10	14	14
Cartoon	10	10	13	12

Base: Total da amostra - ago/95 = 1.507; fev/96 = 1.792;
maio/96 = 1.562 e ago/96 = 1.565 entrevistas.

Finalmente, a última pesquisa citada por G & J (1998) realizada pela agência DPZ em 1997 que, embora sem números precisos do meio, “*mostrou a existência de um hábito arraigado na maioria dos assinantes: o de assistirem o jornalismo e as novelas na televisão aberta das 20h 30 até as 21h 30. Após esse horário, os canais pagos entram na televisão do assinante até as 24h, onde parte do público têm preferências bem definidas e outra parte fica mudando de canal*”. G & J (1998).

Portanto, as pesquisas realizadas por diversos institutos de pesquisas para empresas concorrentes como a Net e a TVA sobre a audiência dos canais da TV por Assinatura permitem chegar a **conclusões unânimes**:

- i. O canal da TV Globo aberta é o líder incontestado entre os assinantes da TV paga cuja audiência foi mensurada (Net e TVA a cabo, que podem transmitir os sinais da TV Globo aberta).
- ii. Parafraseando G & J (1998) sobre a pesquisa da DPZ, a segunda conclusão é sobre a “*existência de um hábito arraigado na maioria dos assinantes: o de assistirem o jornalismo e as novelas na tele-*

visão aberta”, o que confirma as hipóteses sobre o comportamento do consumidor dos estudos como o de Schiffman e Kanuk (2000).

Finalmente, já foi visto que, ainda, o principal consumidor do serviço de TV por Assinatura pertence às classes de renda A e B da população. Segundo Melo e Gutierrez (2000), as operadoras de Cabo/MMDS, por exemplo, possuíam um número de assinantes nas classes A e B cerca de três vezes maior que o de assinantes na classe C.

Esta distribuição é importante quando se considera os determinantes do crescimento futuro da base de assinantes. Segundo Melo e Gutierrez (2000), o principal desafio para o crescimento dos serviços de TV por Assinatura é atrair os outros segmentos da sociedade, principalmente as classes C e D. No entanto, assinalam eles que:

“numa situação de recursos escassos, via de regra, a TV paga não tem sido aprovada no crivo custo-benefício, pois, além do custo relativamente elevado dos pacotes mensais, a programação não atende ao perfil médio deste novo consumidor. Por exemplo, ele normalmente deseja assistir a programas em português, com temas regionais ou, ao menos, mais brasileiros, dando pouco valor a noticiários ou filmes em língua estrangeira, até porque, em geral, tem dificuldade de acompanhar a velocidade das legendas.” Melo e Gutierrez (2000)

Portanto, a expansão do sistema de TV por Assinatura ampliará a importância dos consumidores das classes C e D, que pelas características citadas acima, possui ainda maior fidelidade com relação ao conteúdo da televisão aberta, portanto, do conteúdo fornecido pela Rede Globo. O conteúdo da televisão aberta terá no futuro próximo, ainda mais importância para determinar os rumos da TV por Assinatura.

Quanto aos fatores, acesso e preço, que também influenciam a decisão do consumidor, em relação ao acesso, já foi visto que o sistema DTH atinge praticamente todas as áreas povoadas do país e, que os sistemas a cabo e MMDS atingem especialmente as áreas metropolitanas, onde a concorrência¹⁹, é maior. De qualquer forma, não existe problema de acesso à TV por Assinatura.

¹⁹ Pode-se considerar o sistema de transmissão a cabo e o sistema MMDS como um conjunto único, devido às peculiaridades dos fornecedores destes serviços. Segundo Melo e Gutierrez (2000) “Excetuando-se o DTH, de abrangência nacional, em geral cada praça é atendida por uma ou, no máximo, duas operadoras, e mesmo assim de forma quase complementar – as regiões com maior concentração de domicílios pela

A penetração das várias tecnologias de TV por Assinatura é determinada pelas áreas que abrange e pelos preços. A tabela 6 mostra os valores comparativos da assinatura dos diversos sistemas envolvidos.

Tabela 6
Custos Comparativos no Sistema Cabo/MMDS e DTH

	Taxa de Adesão	Número de Canais - Pacote Básico	Mensalidade Pacote Básico
NET	R\$49	30	R\$28,90
TVA	R\$48	31	R\$26,90
Sky	R\$399	40	R\$52,65
DirecTV	R\$399	47	R\$52,50

Fonte: Melo e Gutierrez (2000)

Os avanços nas tecnologias de compressão digital aproximou o número de canais disponíveis por satélite (DTH) daquele dos sistemas de cabo, deixando esta variável de ser um determinante importante na escolha do sistema pelo usuário. O maior custo inicial para o usuário dos sistemas DTH, contudo, representa ainda uma desvantagem frente aos sistemas a cabo, onde esses estão disponíveis.

Finalizando a avaliação sobre o comportamento do consumidor no mercado de TV por Assinatura, algumas conclusões são evidentes:

- i. Importância do acesso à programação da líder de audiência TV Globo aberta (dada a fidelidade dos consumidores), quando se considera a escolha do consumidor sobre os diversos “pacotes” de canais ofertados pelas operadoras de TV por Assinatura;
- ii. Expansão do mercado de TV por Assinatura pela incorporação das classes C e posteriormente D, ampliando a importância do acesso à programação da TV aberta;
- iii. Existência de acesso ao serviço de TV por Assinatura em praticamente todas as áreas povoadas do país, com vantagens para a tecnologia DTH, pela sua abrangência;

TV a cabo e as localidades com menor densidade de construções pelo MMDS. Esta complementaridade é confirmada pelo fato de, em alguns casos, as duas operadoras pertencerem ao mesmo grupo.”

- iv. Vantagem de preço para as operadoras que usam as tecnologias Cabo/MMDS, nas áreas em que atuam.

Portanto, os efeitos concorrenciais no mercado de TV por Assinatura, da recusa de negociar a retransmissão de sinal por parte da TV Globo, serão os de dificultar o acesso ou crescimento de qualquer outro concorrente que utilize as tecnologias MMDS ou DTH, que não tem o acesso a essa programação garantido pela regulação.

A formação de posição dominante por parte da Net/Sky será facilitada por essa restrição, tendo em vista a fidelidade dos consumidores à programação da TV aberta, ao tomar a decisão de qual serviço assinar. Especialmente, em um momento de incorporação da classe C ao consumo do serviço.

Note-se que existem dois motivos que tendem a manter a fidelidade da clientela já atendida ao operador de TV por Assinatura escolhido, quais sejam:

- i. **Existe custo de mudança:** se mudar de operadora, o consumidor será obrigado a fazer um novo gasto de instalação de equipamento (taxa de adesão), portanto, ele exigirá um diferencial mais significativo em termos de preço ou qualidade para mudar;
- ii. **Existem retornos crescentes de escala:** no caso do sistema DTH para uma determinada área geográfica, o custo adicional de atender mais um usuário - além da instalação da antena e recepção, que são cobertas pela taxa de adesão - é próximo de zero, pois, não faz diferença entre transmitir para 100.000 ou 100.001, isto implica uma vantagem de custos para a empresa que ampliar primeiro a sua base de assinantes.

Note-se que buscar aumentar ou manter participação de mercado utilizando competências já desenvolvidas em outras atividades não é ilegal *per se*. Todavia, no presente caso está envolvido um setor regulado que, como já foi bem colocado no Parecer do Dr. Werter R. Faria, ao citar Gay Fuentes que ressalta que “*no âmbito da comunicação social, a concorrência desempenha uma função especial, que transcende o meramente econômico e que deve traduzir o princípio democrático básico na organização dos meios de comunicação: o pluralismo político e cultural*”. Neste setor regulado, já existe a obrigatoriedade de permitir a retransmissão de sinais por parte das operadoras a cabo, não fazendo qualquer sentido manter uma assimetria para os operadores de DTH/MMDS, que ocorre apenas por uma desatualização da regulação.

3.3 Inexistência de Motivo Econômico Razoável para a Restrição

A inexistência de explicação alternativa razoável para essa conduta, que não seja a de restringir a entrada de novos *players* ou de aumento de participação de mercado de concorrentes atuais, é um dos fatores que pode reforçar a crença na existência de conduta anticoncorrencial. No presente caso, foram apresentadas as seguintes razões para justificar a restrição imposta à DirecTV:

- i. A liberdade de contratar apenas com quem se queira, garantida pela ordem jurídica brasileira;
- ii. A inexistência da obrigatoriedade de ceder o sinal, garantida pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62);
- iii. O direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão garantido pela Nova Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610/98);
- iv. A garantia de transmissão com qualidade apenas através de empresas verticalmente integradas;
- v. A existência de “*free-riding*” por parte da DirecTV que de forma oportunista buscaria aproveitar-se dos investimentos realizados pela TV Globo.

Com exceção do item v) que discutiremos com mais profundidade na próxima seção, as quatro primeiras alegações são absolutamente frágeis, que podem ser respondidas brevemente.

A primeira justificativa, de liberdade de contratar, como foi visto no Voto do Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro, ela é limitado pela existência de efeitos anticoncorrenciais da recusa de contratar. Como o presente caso trata justamente da busca de posição dominante e de estratégias de exclusão, resultantes da recusa de venda, a liberdade é limitada de acordo com o ensinamento do Voto do Ilustre Conselheiro. Houve uma tentativa de colocar que os efeitos anticoncorrenciais só existiriam em situação de *essential facility*. Todavia, o Voto do Conselheiro não faz essa distinção, para ele, como para a jurisprudência americana, qualquer efeito anticoncorrencial provoca a limitação da liberdade de recusa de negociar.

A segunda justificativa, de que o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) afirma a liberdade de recusar a transmissão:

“Art. 48. Nenhuma estação de radiodifusão poderá transmitir ou utilizar, total ou parcialmente, as emissões de estações congêneres, nacionais e estrangeiras sem esta por esta previamente autorizadas.”

Durante a irradiação, a estação dará a conhecer que se trata de retransmissão ou aproveitamento de transmissão alheia, declarando, além do próprio indicativo e localização os da estação de origem.”

É uma justificativa que padece da mesma fraqueza da primeira, pois o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) permite a recusa de transmissão, mas não pode permitir uma **ofensa à Lei de Defesa da Concorrência**, que é justamente do que se trata no presente caso.:

A terceira justificativa, referente à Nova Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610/98) é análoga ao caso anterior. Note-se que a DirecTV não solicita condições especiais de retransmissão, mas condições análogas às da TVA a cabo e da Sky, que se pressupõe, não desrespeitam a Nova Lei de Direitos Autorais.

A quarta justificativa, de que só existiria a garantia de transmissão com qualidade através de empresas verticalmente integradas é completamente infundada. Será que HBO, Discovery Channel, CNN, Fox, Sony, MGM e outras dezenas não se preocupam com a qualidade de sua imagem? Será a Rede Globo uma das poucas empresas em todo o mundo que retransmite o seu sinal com qualidade, e isso, devido à integração vertical? Ou será que está se acusando a retransmissão feita pela TVA cabo de ser de baixa qualidade? É difícil responder a essas questões. Fácil é constatar que elas não fazem o menor sentido.

Portanto, não foi apresentada qualquer razão econômica consistente para a recusa de retransmissão, que não seja a de facilitar o crescimento da Sky no segmento de mercado de DTH.

4. A Recusa da Retransmissão e o “Free-Riding”

As restrições verticais podem ter efeitos positivos ou negativos sobre o bem-estar de uma economia. Entre os efeitos positivos estaria especialmente a eliminação do efeito de “carona” (*free-rider*) entre produtores e distribuidores.

Formalmente, um “caroneiro” (*free-rider*) seria o indivíduo que busca desfrutar dos benefícios de um bem público sem contribuir com os custos do montante do bem público tornado disponível (Hyman, 1999, p. 156)²⁰. Bem público, por sua vez, seria aquele que uma dada quantidade pode ser desfrutada por mais consumidores sem prejuízo dos existentes (Hyman, 1999, p. 67). Um exemplo de bem público é uma rodovia, que pode ser utilizada por

²⁰ Hyman, D. N. (1999) *Public Finance: A Contemporary Application of Theory to Policy*. Orlando: Dryden Press.

vários passantes, sem que um necessite excluir os outros para utilizar a rodovia.

Um problema grave quando existe um “bem público” é o desincentivo ao investimento para provê-lo, devido ao fato de que um agente econômico oportunista (*free rider*) pode ficar aguardando que os outros façam o investimento, para depois aproveitar-se de sua existência. Vamos supor, por exemplo, que em uma comunidade agrícola seja necessário reparar uma estrada vicinal para facilitar o escoamento da produção de cada um dos agricultores. O reparo deverá ser feito com os próprios recursos da comunidade. O *free rider* seria aquele agricultor que não contribuiria para o reparo da rodovia e, depois que ela fosse reparada, a utilizaria para escoar a sua produção, sem ter tido que gastar nada para tal.

“O problema do caroneiro tende a se tornar mais agudo quando o tamanho do grupo que se beneficia do bem público se torna maior. Isto se deve ao fato de que se cada membro de um pequeno grupo pensa em retirar a sua contribuição, o resultado pode ser uma redução significativa na quantidade de bem público”. Hyman (1999, p.157). Assim, no exemplo, se forem poucos agricultores e algum deles não contribuir, a estrada não será reparada. Todavia, se existirem centenas, um “*free rider*” pode ser bem sucedido.

No caso em questão, seria necessário definir claramente no que consistiria o “*free riding*”. Note-se que a permissão pela Rede Globo para a DirecTV transmitir os seus sinais não tem qualquer característica de “*free riding*”.

Em primeiro lugar, o investimento feito pela TV Globo para construir sua imagem e qualidade de programação não é um bem público, pelo contrário, é privado e a DirecTV se propõe a pagar por ele e, existem apenas dois agentes envolvidos na transação, não centenas.

Em segundo lugar, a programação da TV Globo aberta é remunerada pelos gastos em publicidade dos anunciantes. Os anunciantes pagam pelo tempo de publicidade de acordo com a audiência do programa exibido, daí o conceito do “Custo por Mil”, ou seja o quanto se paga para cada mil indivíduos atingidos por um anúncio. Ora, a retransmissão do sinal da TV Globo pela DirecTV aumenta o retorno da Globo de duas maneiras: a DirecTV paga pela retransmissão e, aumenta a audiência dos anúncios veiculados via TV Globo, aumentando sua audiência e portanto, sua receita publicitária. Não há desse modo, como caracterizar esse contrato de retransmissão com um “*free riding*”.

É o meu parecer,

São Paulo, 9 de Abril de 2001.

Arthur Barrionuevo Filho

