



MINISTÉRIO DA FAZENDA

Secretaria de Acompanhamento Econômico

Parecer n.º 192 COGSE/SEAE/MF

Brasília, 31 de outubro de 2003.

Referência: Ofício n.º 3.864/2001 MJ/SDE/DPDE de 11 de setembro de 2001.

Assunto: PROCESSO
ADMINISTRATIVO n.º.
08012.003048/2001-31

Representante: ASSOCIAÇÃO NEO
TV E OUTROS

Representadas: GLOBOSAT
PROGRAMADORA LTDA. e GLOBO
COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES
LTDA.

Versão Pública

Recomendação: Condenação das
representadas pelas práticas
anticoncorrenciais descritas na
conclusão deste parecer.

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça informou à SEAE, nos termos do artigo 38 da Lei n.º 8.884/94, a abertura do processo administrativo supramencionado, para que esta Secretaria, caso queira, emita parecer técnico referente à denúncia de práticas anticoncorrenciais apresentada pela ASSOCIAÇÃO NEO TV E OUTROS contra as empresas GLOBOSAT PROGRAMADORA LTDA. E GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA.

1. Das Empresas Envolvidas

1.1. Da Representante:

1. A associação Neo TV, fundada no dia 05 de agosto de 1999, com sede em São Paulo, capital, congrega, atualmente, 40 sócios, representando 155 operações em todo o país, sendo que 103 encontram-se em atividade e 52 em fase de implantação. Dentre os sócios, encontra-se a TVA (Tevecap S/A), primeira operadora de TV por assinatura do país, ligada ao Grupo Abril. Segundo informações do site da Neo TV, seus associados cobrem mais de 24 milhões de residências em todo o Brasil. A Neo TV tem como principal premissa a aquisição para seus associados, de forma centralizada, de programação para televisão por assinatura, em formato de canais, visando obter ganhos de escala. Assim, a associação negocia diretamente a aquisição de direitos de distribuição, no Brasil, com as diversas programadoras, nacionais e internacionais, responsáveis pela formatação de canais especializados em televisão por assinatura. Negociados esses direitos, tendo como base o total de assinantes de todos os seus associados, os contratos são realizados de forma individual, com cada operadora interessada em distribuir aos seus assinantes os canais negociados pela associação. A Neo TV ressalta que as operadoras

associadas decidem se incluem ou não os canais por ela negociados em seus “line-ups”, considerando-se os contratos firmados pela associação.¹

1.2. Das Representadas:

2. A primeira representada é a Globosat Programadora Ltda. (“Globosat”), cuja sede encontra-se na cidade do Rio de Janeiro. A Globosat faz parte das Organizações Globo, o maior grupo de mídia do país. O principal setor de atividades da Globosat é a produção e comercialização de canais para televisão por assinatura no Brasil. A Globosat comercializa, atualmente, dez canais de diversos gêneros para TV paga, quais sejam: Sportv, Globo News, GNT, MultiShow, USA, Canal Brasil, Premiere (Esportes, Shows e Combate), Shoptime, Futura e Telecine (este com cinco subdivisões: telecine premium, telecine action, telecine emotion, telecine happy e telecine classic). As Organizações Globo, por sua vez, concentram suas atividades no setor de comunicações e entretenimento – rádio, televisão e imprensa escrita. Este Grupo atua em praticamente todos os ramos de mídia, como televisão aberta, televisão fechada (em todas as tecnologias disponíveis – MMDS², cabo e satélite/DTH³), rádio, jornais, revistas, Internet, dentre outros. No Brasil, as Organizações Globo detêm participação acionária em diversas empresas, dentre as quais são mais relevantes para o presente caso as seguintes: TV Globo Ltda. (rede de televisão aberta), Net Serviços de Comunicação S.A. (antiga Globo Cabo, detentora de participação em diversos operadores de TV por assinatura⁴), e Sky Brasil Serviços Ltda. (antiga Net Sat/Sky, operadora de

¹ Todas as informações foram retiradas do site da Neo TV (www.neotv.com.br).

² MMDS (*Multipoint Multichannel Distribution System*): também chamado de “*wireless cable*”, seu funcionamento é semelhante ao do cabo, exceto pelo fato de que no MMDS os sinais vão do “*headend*” à casa do assinante pelo ar. O *headend* do MMDS funciona como uma emissora de TV, pois recebe os sinais das programadoras, codifica-os e os transmite através de uma antena para toda a região coberta. A TVA é um exemplo de TV por assinatura que utiliza essa tecnologia. (Fonte: ABTA – Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura).

³ DTH (*Direct to Home*): sistema de TV paga no qual o assinante instala em sua casa uma antena parabólica e um receptor/decodificador, chamado de IRD (*Integrated Receiver/Decoder*), e recebe os canais diretamente de um satélite geoestacionário situado a 36 mil Km de altitude. (Fonte: ABTA – Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura).

⁴ Segundo informações do site da Globo Cabo, esta possui 48 licenças para operar televisão por assinatura (45 cabo e 3 de MMDS), estando presente em 67 cidades do país.

televisão via satélite/DTH). Convém mencionar, ainda, a participação das Organizações Globo, por intermédio das suas subsidiárias Net Serviços, Distel Holdings e RBS, na empresa Net Brasil⁵, a qual tem como atividade principal negociar a compra de programação com fornecedores de todo o mundo. Além disso, a Net Brasil dá suporte em marketing e licença de uso da marca, dentre outras atividades. A Net Serviços, assim como a Sky, obtêm toda a sua programação através da Net Brasil. Segundo informações do mercado, apenas operadores associados à empresa Net Brasil podem adquirir os canais exclusivos da Globosat, como o Sportv, o Telecine, o Multishow, o Globo News, dentre outros. Este fato é comprovado pela Net Serviços que, em seu endereço na Internet, afirma que, pelo acordo estabelecido com a Net Brasil, aquela possui direitos de exclusividade na programação fornecida por esta nas localidades em que opera, exceto com relação ao sistema de televisão por assinatura via satélite – DTH da Netsat (Sky), empresa que também adquire os canais por meio da Net Brasil.⁶

3. A Globosat tem como principal quotista a Globo Comunicações e Participações S.A., com 99,9999961% do capital social (76.999.997 quotas). Os outros quotistas, cada um com uma quota, são: Roberto Irineu Marinho, José Roberto Marinho e João Roberto Marinho.⁷

4. A segunda representada é a Globo Comunicações e Participações Ltda. (“Globopar”), holding das Organizações Globo, controlada pela família Marinho (Roberto Marinho, Roberto Irineu Marinho, João Roberto Marinho e José Roberto Marinho). A Globopar controla a TV Globo (e sua infra-estrutura de produção), além de, direta ou indiretamente, várias subsidiárias do grupo nas áreas de televisão por assinatura (como a Globosat, a Net Serviços, a Net Brasil e a Sky Brasil Serviços Ltda. – antiga Net Sat⁸), de publicação (editoras

⁵ Segundo o Raio X da TV Paga no Brasil, publicado como encarte da Revista Pay TV de outubro/2001, a qual indica como fontes as próprias empresas e a Anatel, o capital social da Net Brasil é assim dividido: Distel (60%), Globocabo (20%) RBS (20%). A Distel tem como principal acionista a Globopar, com 93,5% de seu capital social.

⁶ Ver site: <http://globocabo.globo.com/index.htm?port/empresa.htm>

⁷ Informações extraídas do parecer Seae n.º 139/02, de 26 de abril de 2002.

⁸ Segundo informações da imprensa especializada, a recente reestruturação na empresa Sky Brasil Serviços Ltda. (Net Sat) resultou na redução da participação acionária da Globopar para menos de 50%, com a outra sócia, a News Corp., aumentando sua participação na empresa para 43,9%. Entretanto, segundo as mesmas fontes, as Organizações Globo pretendem manter uma posição forte dentre da nova Sky Brasil Serviços Ltda.

de revistas e livros), de Internet e de gravadoras de discos.

5. A Globopar foi incorporada em novembro de 1973, com o nome de Central Brasileira de Produção e Empreendimentos Ltda. Segundo informações de seu site na Internet, a Globopar considera como seus negócios centrais a estrutura de produção da TV Globo, a operação de redes de televisão por assinatura, a provisão de serviços de telecomunicações e o mercado editorial. Informa, ainda, que a Globopar (por meio de suas subsidiárias de televisão por assinatura) tem como objetivo solidificar sua posição de provedora de conteúdo-chave no Brasil.⁹

2. Da acusação:

6. A representante apresentou um extenso arrazoado acusando a Globosat e a Globopar de algumas práticas anticoncorrenciais no mercado de televisão por assinatura, as quais serão relacionadas mais à frente. Para tanto, dividiu sua acusação em 11 partes, nas quais foram apresentadas, dentre outras coisas, um histórico do mercado de TV por assinatura no Brasil e no mundo; as vantagens competitivas da Globosat em relação aos seus concorrentes; as principais características dos canais de esportes, distinguindo-os dos canais de outros gêneros e apresentando o canal “Sportv” como uma “essential facility” do mercado de TV por assinatura; um estudo de direito comparado sobre o tema; etc.

7. No início, a representante apresenta suas razões para afirmar a competência da Secretaria de Direito Econômico na instrução do presente caso, excluindo uma eventual possibilidade de arguição sobre a competência da Anatel.

8. A seguir, a Neo TV apresenta uma introdução ao mercado de televisão no Brasil, na qual foram destacados os seguintes tópicos: (i) as principais diferenças existentes entre TV aberta e TV por assinatura; (ii) como se dá o relacionamento entre operadoras de TV paga e programadoras, destacando o jogo de forças entre esses players, baseado na quantidade de

assinantes de uma operadora, de um lado, e na relevância e exclusividade de uma programação, de outro; (iii) a importância de um equilíbrio nesse jogo de forças para os consumidores finais; (iv) crítica à exclusividade de programação, principalmente em uma estrutura verticalizada como a das representadas, o que facilitaria a concentração no mercado de TV por assinatura; (v) as vantagens das empresas de TV paga (programadoras e operadoras) associadas ou ligadas a uma rede de TV aberta, tendo em vista o maior poder de barganha desta última na negociação de programação relevante, principalmente pelos altos valores negociados; e (vi) ausência de legislação específica para regular o funcionamento do mercado brasileiro de TV por assinatura, o que permitiria algumas distorções nesse mercado, em detrimento do consumidor.

9. No tópico “histórico da TV por assinatura no mundo”, a representante discorre sobre a evolução da TV por assinatura nos Estados Unidos desde seu início, bem como sobre os regulamentos do *Federal Communication Commission (FCC)* referentes ao mercado, especialmente no tocante à limitação sobre a propriedade cruzada dos meios de comunicação, a imposição de exclusividade territorial para operações de TV paga, a obrigação de as operadoras carregarem sinais da TV aberta e a proibição de contratos garantindo a exclusividade de programação entre programadoras e operadoras. Em seguida, a Neo TV argumenta que todos esses regulamentos permitiram que o mercado norte-americano de TV por assinatura obtivesse grande sucesso, com alta penetração dos serviços e a instituição de uma competição sadia entre os players do mercado, revertendo em benefício do consumidor. Após esta breve apresentação do mercado norte-americano de televisão por assinatura, a representante apresenta um histórico da TV paga no Brasil. Foi citada como uma das principais características do mercado brasileiro a existência do “overbuilding”, ou melhor, a competição de operadoras de cabo e MMDS na mesma localidade, diferentemente do que existe nos Estados Unidos. Assim, visando competir pelo mesmo cliente nas principais praças com “overbuilding”, os dois principais grupos, Globo e Abril, iniciaram uma guerra

⁹ Todas as informações foram retiradas do site da Globopar (www.globopar.com.br).

por conteúdo exclusivo. Esta guerra, segundo a representante, desencadeou um aumento nos custos das operadoras com programação, além de outras práticas lesivas ao mercado praticadas pelas programadoras estrangeiras, como venda casada de canais e imposição de empacotamento dos mesmos. Com isso, escassearam-se os recursos para investimento das operadoras, especialmente com conteúdo nacional, que normalmente possuem considerável relevância para o assinante. Assim, esses problemas geraram uma baixa percepção de valor dos consumidores nacionais pela TV por assinatura, ocasionando uma baixa penetração desses serviços, atualmente menor que 10% dos lares atendido por alguma operadora. Criou-se, então, um círculo vicioso, onde o baixo número de assinantes proporciona às operadoras recursos escassos para investirem em conteúdo nacional. Com menos conteúdo relevante, a baixa percepção de valor dos clientes em potencial limita o crescimento desse mercado, o que mantém reduzido o número de assinantes. Nesse círculo, leva vantagem econômica a operadora ligada ou associada a uma rede de TV aberta, que possui estruturas de produção já amortizadas e em funcionamento. Na primeira fase da TV por assinatura no Brasil, as Organizações Globo se fortaleceram nesse mercado utilizando-se, além de seu conteúdo exclusivo, de uma política agressiva de aquisições de outras operadoras, o que garantiu o domínio do mercado. Após essas aquisições, a Globo tornou-se a maior operadora de TV por assinatura do Brasil, incluindo todas as tecnologias de distribuição.

10. Seguindo a estrutura da peça de acusação, a Neo TV apresenta a situação atual do mercado nacional de televisão por assinatura. Ela começa esse tópico discorrendo um pouco mais sobre como o regime regulatório desse mercado no Brasil, ao contrário da regulação adotada nos Estados Unidos, permitiu que a Globo alcançasse o domínio no setor de TV paga. Segundo a representante, “a Anatel iniciou, em 1998, processo de licitação para 456 outorgas de cabo e MMDS, incluindo diversas cidades importantes e ainda não atendidas. Com o intuito de dificultar a concentração no setor nas mãos dos grandes grupos, a Anatel descontou pontos no processo licitatório das empresas que já possuíam outorgas. Contudo, como não havia restrições quanto a fusões e aquisições, a Globo astuciosamente aproveitou-se de tal

possibilidade. Por força desse domínio dos meios de distribuição, a Globo passou a deter também o completo domínio na negociação para aquisição de programação e eventos esportivos. Atualmente, os sistemas da Globocabo (hoje Net Serviços) e Sky, ambos controlados pela Globo, possuem 63% dos assinantes de TV por assinatura no Brasil. A Globo, desrespeitando disposições da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, através de fusões e aquisições estabeleceu uma concentração sem paralelos no mundo”. Após esse período de aquisições, as operadoras independentes que distribuíam programação controlada pela Globo foram impedidas de continuar a distribuição desses canais a partir do ano 2000, ou por não desejar tornarem-se franqueadas ou porque a Globo deu exclusividade territorial de sua programação a um concorrente local que tenha aderido ao seu sistema.

11. A representante afirmou, ainda, que a demora na outorga das novas concessões para operadoras de cabo pela Anatel favoreceu o crescimento do sistema DTH (via satélite), representando hoje uma participação de mais de 30% no mercado brasileiro de TV por assinatura. No entanto, tendo em vista o poder econômico das controladoras internacionais das principais empresas de DTH no Brasil (Directv e Sky), alguns acordos “milionários” para distribuição exclusiva de certos canais foram fechados, o que contribuiu ainda mais para a elevação dos custos das operadoras não ligadas à Globo.

12. Após o fortalecimento das Organizações Globo, seguido pela crise econômica da Rússia em 1997 e pelo crescimento do sistema DTH no Brasil, alguns players importantes do mercado brasileiro de TV paga, como a TVA, pertencente ao Grupo Abril, abriram um processo de desinvestimento de ativos. O Grupo Abril desfez-se de sua participação na Directv e nos canais HBO, CMT, Eurochannel e ESPN Brasil. Além disso, a Abril, assim como a Globo, não participou do processo de novas licitações por questões estratégicas. A partir daí, surgiram novos grupos no mercado, como a TV Cidade, a Acom Comunicações, a Horizon, a Way Brasil, entre outros. Objetivando buscar o controle sobre a distribuição de conteúdo em TV por assinatura no Brasil, a Globo intensificou ainda mais sua atuação, com o

sistema de franquias criado em 1993, por meio da empresa Net Brasil. Segundo a Neo TV, esse sistema funciona da seguinte forma: 1) a franqueada, dona de concessões de TV por assinatura, firma um contrato com a Globo, em geral por cinco anos, onde o fornecimento de programação é exclusivo da Globo; 2) a franqueada é obrigada a adquirir e distribuir os pacotes de canais contratados pela Globo, que tem o direito de adicionar e subtrair canais, e com o empacotamento que esta definir; 3) a franqueada vende seus serviços ao assinante através da marca “Net”, controlada pela Globo; 4) a Globo possui, “conforme se diz no mercado”, primeira opção de compra da operação, caso se decida colocá-la à venda; 5) o franqueado tem exclusividade territorial da programação controlada pela Globo. A seguir, a Neo TV traz um quadro com todos os canais controlados e exclusivos da Globo, ressaltando que os canais Futura e Brasil são disponibilizados de forma discriminatória, sem, no entanto, explicar como se dá tal discriminação. Assim, segundo a representante, várias operadoras independentes, seduzidas pela programação exclusiva e pelas condições comerciais favoráveis de contratação de programação, optaram por se tornarem franqueadas da Globo (Net Brasil). As que não fizeram essa opção perderam o direito de distribuir os canais da Globosat a partir do ano 2000. Por fim, conclui a Neo TV afirmando que as novas licitações da Anatel, apesar de reforçadas pela não participação direta da Globo e da Abril no processo licitatório, não mudaram o panorama de domínio na distribuição de programação de TV por assinatura no Brasil. Alega, desta forma, que tal concentração é prejudicial ao mercado, contrária à livre concorrência e oferece sérios prejuízos ao consumidor final.

13. Após discorrer sobre a situação atual do mercado brasileiro de televisão por assinatura, a representante apresenta o tópico denominado “As vantagens competitivas da Globosat em relação aos demais concorrentes”. Nesse tópico, possivelmente o mais relevante da peça de acusação, a Neo TV procura ressaltar a grande importância de a Globosat pertencer às Organizações Globo, proprietária da maior rede de TV aberta do país, assim como as conseqüências que essa integração vertical gera ao funcionamento do mercado de televisão por assinatura.

14. Segundo a representante, as operadoras e programadoras de TV por assinatura ligadas ou associadas a TVs abertas, por estas já possuírem equipamentos e pessoal alocado para produção, detêm significativas vantagens competitivas em relação aos seus concorrentes naquele mercado. Além disso, outra grande vantagem está no poder de negociação com fornecedores de eventos, talentos, programação e equipamentos, pois, apesar de servirem tanto para a TV aberta quanto para a TV paga, as cifras envolvidas no primeiro mercado são inúmeras vezes mais vultosas, comparando com as do segundo. Novamente neste ponto, a representante cita as diferenças entre a legislação norte-americana e a brasileira, que proíbe que um mesmo grupo seja proprietário de redes de TV aberta e TV por assinatura, bem como os limites impostos na concentração de distribuição, para concluir que o mercado brasileiro de TV por assinatura é um dos mais concentrados do mundo, senão o mais concentrado.

15. A seguir, a Neo TV acusa as Organizações Globo, representada pelas empresas TV Globo Ltda., Globosat Programadora Ltda., Globo Cabo S.A. (atual Net Serviços), Net Brasil S.A., e Net Sat Serviços Ltda. (atual Sky Brasil Serviços Ltda.), de agirem em concerto no mercado de TV por assinatura, utilizando o poderio econômico do grupo, principalmente na TV aberta, para adquirir com exclusividade os eventos esportivos, em especial os futebolísticos, para a TV por assinatura. A representante afirma que *“A Globo (TV aberta) negocia a aquisição para a transmissão exclusiva de eventos esportivos, principalmente campeonatos de futebol que envolvam clubes brasileiros, juntamente com a Globosat (programadora de TV por assinatura). Os valores oferecidos pela Globo e Globosat para transmissão exclusiva impossibilita a qualquer outra TV aberta, mas principalmente qualquer programa de TV por assinatura, de competir com a Globo. Com a exclusividade para a transmissão de diversos eventos esportivos, notadamente o futebol, a Globo praticamente domina a transmissão por TV aberta e, com a GLOBOSAT, praticamente monopoliza a transmissão por TV por assinatura. Isso porque a GLOBOSAT (programadora, ou seja, empresa que licencia a programação), disponibiliza a transmissão desses eventos, em especial o futebol, apenas às empresas de sua mesma organização (Globo), ou seja, a Net Sat (Sky, que*

transmite pelo sistema DTH) e a Globo Cabo (Net, que transmite pelo sistema a cabo) ou às suas franqueadas. Evidentemente, essa vantagem competitiva auferida não pela pura eficiência, mas por condições privilegiadas na competição, acaba esmagando qualquer concorrente, inviabilizando a concorrência neste importante mercado nacional e com danos ao consumidor que vê o seu bem-estar econômico prejudicado”.

16. Para ilustrar a tese de que as empresas do grupo Globo dominam o mercado brasileiro de televisão, a Neo TV apresenta alguns dados sobre TV aberta e TV por assinatura (nas três tecnologias – cabo, MMDS e DTH), utilizando-se de informações divulgadas pelas próprias empresas do grupo, algumas das quais utilizadas no parecer do relator do processo administrativo movido pela Directv contra a Globo.¹⁰ Por fim, a representante acusa a Globosat de deter a quase totalidade dos direitos de transmissão de eventos esportivos do país, principalmente nas modalidades relevantes, como o futebol.

17. Após discorrer sobre as vantagens do grupo Globo no mercado de aquisição de direitos esportivos, a Neo TV apresenta um arrazoado sobre o mercado brasileiro de canais esportivos para TV por assinatura. No início, cita uma pesquisa realizada em março/abril de 2000 pelo IBOPE para afirmar que, ao lado de filmes, esportes é o gênero de programação mais apreciado pelos assinantes. A seguir, apresenta os três principais canais esportivos distribuídos no Brasil, desde o advento da TV por assinatura no país, quais sejam: ESPN International, ESPN Brasil e Sportv. O primeiro, pertencente ao Grupo Disney, é especializado em programação esportiva internacional. Os outros são especializados em programação esportiva nacional. A Neo TV destaca que tanto a ESPN International quanto a ESPN Brasil estão envolvidas em atos de concentração com a Globosat, atualmente em análise no SBDC.

18. Destaca, ainda, que o Sportv e o ESPN Brasil sempre disputaram, intensamente, a transmissão de eventos esportivos nacionais, notadamente campeonatos de futebol. Todavia, a partir de 1997, após batalha jurídica

¹⁰ PA n.º 53500-000359/99, cujo relator do caso no CADE foi o então conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca.

travada entre esses dois canais pelos direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol, anteriormente exclusivos do ESPN Brasil para as temporadas de 1997 a 2001, o Sportv conseguiu adquiri-los, com exclusividade para TV paga, diretamente da Confederação Brasileira de Futebol e do Clube dos 13, até 2004, após rompimento unilateral dessas entidades com o ESPN Brasil. Após essa quebra contratual, a ESPN Brasil também perdeu os direitos de transmissão dos jogos “praça-a-praça” dos campeonatos carioca e paulista de futebol, haja vista a aquisição desses direitos pela Globo para transmissão em “pay-per-view”¹¹. Neste ponto, a Neo TV ressalta que, antes do advento da exclusividade para esses direitos, todos os jogos eram transmitidos aos consumidores, sem eventuais ônus adicionais, pelos dois canais.

19. A Neo TV acusa, ainda, a Globo de aproveitar-se de seu “imenso poder e influência” junto às entidades controladoras dos jogos, para efetuar a compra em conjunto dos direitos de transmissão para TV aberta e TV paga, eliminando quaisquer possibilidades de a ESPN Brasil ter acesso aos eventos. Justifica sua tese afirmando que os valores envolvidos na transação dos direitos para TV aberta são bem superiores aos da TV paga, garantindo à Globocabo e Net Sat/Sky imensa vantagem sobre as concorrentes. A representante também acusa o Sportv (Globosat) de adquirir direitos de transmissão com relação a todos os tipos de eventos esportivos, mesmo sem ter condições de exibir a todos, com o objetivo de impedir o acesso a esses eventos pelos concorrentes. Ainda de acordo com a representante, além de eliminar as concorrentes pela utilização de meios abusivos em direito concorrencial, priva os consumidores do acesso aos eventos esportivos de seu interesse.

20. Após as operações da Globosat envolvendo a ESPN International e a ESPN Brasil, todos os canais esportivos ficaram sob a bandeira da Globo, desequilibrando o precário equilíbrio que havia antes dessas operações. A Neo

¹¹ **Pay-per-view** - Serviço de TV por assinatura em que o assinante paga apenas ao que quiser assistir (filmes, shows, cursos, eventos esportivos), quando desejar, dentro da oferta existente. Nesse caso o sinal precisa ser endereçado. Fonte: glossário de termos técnicos Pay TV (www.paytv.com.br).

TV cita como única opção restante o canal PSN¹², que até o início de 2002 era distribuído no país, mas encerrou suas atividades no mesmo período. A preocupação da Neo TV reside no fato de que a Globosat tradicionalmente só vende seus canais para as afiliadas da Net Brasil, colocando as operadoras rivais em uma situação desconfortável para negociar com a Globosat.

21. A seguir, a representante tece alguns comentários sobre as peculiaridades dos canais esportivos, diferenciando-os de outros canais de gêneros diversos. A própria aquisição, com exclusividade, dos principais direitos de transmissão de eventos esportivos, pela Globo, para todos os meios de distribuição, tornando-os indisponíveis para eventuais concorrentes, caracteriza os canais esportivos de forma diferenciada dos demais. Para todos os outros canais comercializados pela Globosat, como o Globonews e o Telecine, assim como por outras programadoras, existem substitutos próximos, o mesmo não ocorrendo com os canais esportivos. Por fim, a Neo TV cita a Lei n.º 9.615/98, conhecida como Lei Pelé, a qual define o funcionamento da exclusividade de transmissão de direitos esportivos, dando o direito potestativo ao detentor dos direitos de tudo dispor sobre o evento, inclusive o de não captar e não distribuir. Assim, conforme a representante, à medida em que a Globosat adquire todos os principais direitos de transmissão de eventos esportivos com cláusula de exclusividade, está prejudicando aproximadamente 65 milhões de habitantes, população dos municípios não atendidos por operadoras não ligadas, coligadas ou franqueadas à Net / Globosat.

22. Seguindo o seu raciocínio sobre a importância dos canais esportivos para o mercado de TV por assinatura, a Neo TV tenta caracterizar o canal Sportv como uma “essential facility” para esse mercado. Para isso, primeiramente apresenta as principais diferenças entre TV aberta e TV paga, tais como o menor volume de propagandas na TV paga, a melhor qualidade de som e imagem, além do estilo segmentado de programação. Nesta última característica, de acordo com a representante, as transmissões esportivas

¹² O canal Pan American Sports Network (PSN), distribuído no Brasil pelas principais operadoras de TV paga até o início de 2002, quando foi desativado, era especializado em programação esportiva internacional.

ganham destaque tanto no Brasil quanto em qualquer parte do mundo, sendo essas uma das grandes paixões dos consumidores televisivos, movimentando uma enorme gama de telespectadores e, conseqüentemente, de anunciantes e patrocinadores. A Neo TV argumenta, ainda, que os expressivos índices de audiência dos canais esportivos da TV por assinatura brasileira demonstram a relevância desse segmento de programação para as prestadoras de serviços de TV paga. Complementa sua idéia, afirmando que a prestadora de serviços de TV por assinatura que detivesse a maioria, ou os melhores canais esportivos, teria imensa vantagem sobre suas concorrentes. A representante apresenta algumas pesquisas de opinião para ratificar sua tese de que os canais esportivos ocupam posição relevante na preferência dos assinantes, e que podem ser considerados um fator decisório para a escolha de uma operadora de TV por assinatura. Assim, a indispensabilidade de um canal com programação esportiva como o Sportv, aliada à absoluta inviabilidade das operadoras não coligadas à Net Brasil encontrarem um substituto adequado a esse insumo, caracteriza, conforme a representante, o canal Sportv como uma “essential facility” dentre todos os demais canais de programação para TV por assinatura, que não pode ser replicada por nenhum meio razoável.

23. Dessa forma, a Neo TV defende que, devido ao domínio das Organizações Globo no mercado de aquisição de direitos esportivos, especialmente em futebol, esta situação coloca as operadoras rivais das afiliadas da Net Brasil em uma situação de dependência econômica frente àquele grupo, caso queiram adquirir o direito de distribuir programação de eventos esportivos. Como o Sportv é, de acordo com a representante, o maior ícone de “essential facility” no mercado nacional de TV por assinatura, devido sobretudo à sua programação baseada em transmissão de eventos esportivos relevantes, a Neo TV advoga que esse canal deve ser oferecido às demais operadoras de TV paga em condições razoáveis de mercado, para que não ocorra prejuízo à concorrência e ao consumidor, fomentando a competição entre os “players”, que poderão concorrer em igualdade de condições, pelas suas eficiências. Assim, a competição deverá reverter-se em favor do consumidor, que contará com a opção de estar amparado por uma vasta programação esportiva em qualquer das prestadoras que escolha.

24. Após as alegações da Neo TV sobre a condição de “essential facility” do canal Sportv, essa associação discorre sobre sua preocupação com as operações realizadas pela Globosat no final de 2000, quais sejam, a associação com a ESPN e a Fox Sports para o lançamento do canal ESPN Fox Sports, e a aquisição de 25% de participação no capital social da ESPN Brasil. As principais preocupações da Neo TV residem no fato de que a Globosat, dominando todos os canais esportivos distribuídos no país, possa criar barreiras para a renovação dos contratos dos canais ESPN Brasil e ESPN International (ESPN Fox Sports), além da possibilidade de esvaziamento dos outros canais, concentrando ainda mais eventos esportivos no Sportv, por ser este um canal exclusivo aos operadores afiliados à Net Brasil. Segundo a representante, esses atos de concentração potencializam a conduta anticoncorrencial representada pela recusa em licenciar o canal Sportv.

25. A Neo TV levanta, ainda, a hipótese de que o sistema “pay-per-view” para eventos esportivos, especialmente futebol, foi lançado pela Globosat a partir da aquisição em massa dos principais eventos esportivos com cláusula de exclusividade. Antes, quando ESPN Brasil e Sportv transmitiam os mesmos eventos esportivos, os assinantes podiam acompanhar a transmissão dos jogos de futebol, inclusive os realizados nas suas cidades, sem custos adicionais. Por fim, a representante acusa as Organizações Globo de buscar o “lucro monopolista” na exploração do “pay-per-view” dos eventos esportivos ao vivo, excluindo seus próprios assinantes que já pagam altas mensalidades da TV por assinatura.

26. Após apresentar suas considerações sobre o mercado brasileiro de TV por assinatura, a Neo TV apresenta um estudo de direito comparado, trazendo à discussão alguns tópicos da regulamentação norte-americana relativa ao mercado de TV paga, em especial os adotados pelo órgão regulador desse país, o “Federal Communications Commission – FCC”. A representante apresenta também decisões do “Federal Trade Commission – FTC” sobre casos semelhantes ao atual, em especial sobre a operação envolvendo a Time Warner e a Turner Broadcasting, além de opiniões de especialistas

internacionais em direito antitruste dos Estados Unidos e da Europa sobre o mercado de TV por assinatura.

27. Complementando seu estudo de direito comparado, a Neo TV cita a Constituição Federal em temas relacionados à livre iniciativa, à função social da propriedade e ao direito ao livre acesso à informação e aos bens culturais. Para reforçar suas teses, cita, ainda, alguns artigos da Lei 8.884/94 e algumas decisões do CADE relacionadas ao tema. Finaliza reforçando a idéia preconizada pela Lei 8.884/94, qual seja, a busca pela eficiência econômica e pelo bem-estar do consumidor como um dos objetivos da política de defesa da concorrência no Brasil.

28. A Neo TV finaliza sua representação resumindo os principais pontos da sua peça inicial. Em primeiro lugar, acusa as Organizações Globo de se utilizarem de sua posição dominante em três setores (TV aberta, TV a cabo e TV paga via satélite – DTH) para negociar com as entidades esportivas a compra casada dos direitos de transmissão sobre os eventos esportivos e garantir a exclusividade e o domínio, tanto na ponta de aquisição dos eventos como de sua distribuição em todos os mercados e sistemas de transmissão. Em segundo lugar, ressalta que o domínio da Globo nos mercados de TV por assinatura não é resultante de qualquer processo natural, muito menos de maior eficiência em relação aos seus concorrentes, mas unicamente como consequência direta do seu poder econômico em sucessivos processos de concentração econômica. Assim, a representante acusa as Organizações Globo de incidência nas seguintes condutas típicas de abusos contra a ordem econômica, tipificadas na Lei 8.884/94: a) limitam e impedem o acesso de novas empresas ao mercado (inciso IV, art. 21); b) criam dificuldade ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresa concorrente (inciso V, art. 21); c) impedem o acesso de concorrente à fontes de insumo (inciso VI, art. 21); d) discriminam adquirentes de bens ou serviços, por meio da fixação de condições operacionais de venda ou prestação de serviços (inciso XII, art. 21); e e) recusam a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais (inciso XIII, art. 21).

29. Por fim, a Neo TV apresenta seus pedidos baseados nas alegações anteriores. Em primeiro lugar, foi pedida uma medida preventiva para que a Globosat licencie, imediatamente ou no prazo que a autoridade antitruste entenda viável, o canal Sportv para qualquer operadora interessada, em condições previstas em lei e pelos parâmetros da boa-fé, e mantenha o licenciamento e a distribuição dos canais ESPN Brasil e ESPN International para as operadoras não coligadas ou filiadas à Net Brasil, sem esvaziar o conteúdo da programação transmitida por esses canais. Além da medida preventiva, a representante requer: a) a imposição de obrigatoriedade de a Globosat licenciar o canal Sportv a qualquer operador interessado e não afiliado à Globosat / Net Brasil, em bases justas de mercado; b) a obrigatoriedade de manter e renovar, em bases justas e de mercado, a licença para distribuição dos canais ESPN Brasil e ESPN International, ou quaisquer denominações que lhes venham a ser dada, sem esvaziar o conteúdo da programação transmitida por esses canais, a qualquer operador interessado; c) a imposição de multa prevista no art. 23, inciso I, da Lei 8.884/94; d) a imposição das sanções previstas no art. 24 da Lei 8.884/94, isolada ou cumulativamente, conforme a gravidade dos fatos apurados e o interesse público recomendar; e e) a determinação para a apresentação de todos os atos de concentração que envolveram as representadas no mercado de TV por assinatura, inclusive para que possam ser impugnados quando esse for o entendimento da autoridade antitruste.

3. Da Defesa:

3.1. Globopar

30. A Globopar afirma em sua defesa que é parte ilegítima da ação, tendo em vista não fazer parte da relação jurídica discutida e também porque não deverá suportar os efeitos da decisão deste processo. A Globopar, por ser

uma holding, não possui atividade direta nos mercados discutidos na ação, e não há conduta atribuída àquela na argumentação da Neo TV, nem pedido.

31. Apesar do entendimento expressado pela Globopar de que não faz parte da ação, essa apresenta uma breve discussão sobre o mérito da reclamação da Neo TV. Argumenta, em primeiro lugar, que a reclamação contra a estratégia da Globosat em relação à exclusividade de sua programação não procede, pois a mesma é lícita e constitui exercício da autonomia da vontade da Globosat, estando respaldada em Lei, e que somente não poderia ser admitida se fosse demonstrado que essa recusa teria operado a eliminação de concorrentes, o que não aconteceu. Em segundo lugar, a Globopar afirma que a exclusividade de programação sempre foi amplamente utilizada no Brasil, e se constitui em relevante fator de estímulo à competição. No caso da exclusividade de programação ofertada pela Globosat às operadoras Net e seus assinantes, a Globopar afirma que a mesma é um instrumento de competição, “provocador de eficiência econômica”. Por fim, afirma a Globopar que, para que fosse configurado o ilícito decorrente de práticas de restrições verticais, seria necessário que a Globosat tivesse o efetivo domínio do mercado de origem, que aquela entende ser o mercado de programação para televisão por assinatura, o que não se verifica.

32. Assim, a Globopar requer: a) sua exclusão da representação; b) o arquivamento da ação em face da inexistência de indícios de danos ao mercado por parte das representadas; e c) a total improcedência do pleito das representantes, especialmente no que tange à pretensão de obter o licenciamento avulso do canal Sportv.

3.2. Globosat

33. No início de sua defesa, a Globosat apresenta as diferenças entre as atividades de programação e operação em TV por assinatura, para evitar confusões entre elas. Após apresentar brevemente o funcionamento dos mercados das programadoras e das operadoras, a representada explica o

papel desempenhado por empresas intermediárias na relação que se dá entre aquelas empresas. Para tanto, apresenta a Neo TV e a Net Brasil como as duas grandes “intermediárias” em atuação no país, sendo a primeira caracterizada como uma associação formada com o intuito de centralizar a negociação das aquisições de licenças de canais junto às programadoras, em nome de suas operadoras associadas, enquanto a Net Brasil funciona como uma franqueadora que, além de adquirir também de forma centralizada as licenças de canais, as oferece a qualquer operadora de TV por assinatura interessada em filiar-se ao sistema Net, a qual recebe não apenas uma seleção de canais, mas também o direito de uso da marca Net, treinamento e “know-how”. A Globosat ressalta, ainda, que a participação de uma intermediária na relação entre as programadoras e as operadoras não é imprescindível, dando como exemplo a Directv, que adquire sua programação diretamente das programadoras.

34. A seguir, a representada apresenta o que ela denomina como “modelo Globosat para televisão por assinatura”. Nesse modelo, a Globosat era, até 1995, tanto programadora quanto operadora de TV paga. A partir desse ano foi realizada uma reorganização estrutural, separando as duas atividades para uma melhor focalização em cada uma delas. Além disso, foi criado o modelo atual da Net Brasil, em forma de franquias, e constituída a Globocabo S.A., responsável pelas operadoras de TV paga com participação das Organizações Globo, conjuntamente com seus sócios Bradesco, Microsoft e RBS. Neste novo modelo, as operadoras sem participação da Globocabo puderam aderir ao sistema de franquias da Net Brasil, ocorrendo o que a Globosat denomina como uma “desverticalização” em sua estrutura. Assim, a Globosat entende que a discussão deste processo administrativo reside no sistema operacional de franquias adotado para a distribuição da programação da representada.

35. Após a apresentação inicial de sua defesa, a Globosat entra no mérito da questão, argumentando acerca da livre iniciativa e da autonomia contratual, e dando como exemplos alguns votos do CADE. Menciona, ainda, que pelo princípio da livre iniciativa, “a recusa é lícita e constitui exercício da

autonomia da vontade, a menos que, analisado seu impacto no mercado, se demonstre a existência de prejuízo efetivo à concorrência, isto é, a eliminação de concorrentes, o que, no caso, não ocorre”. A reclamada afirma que essa regra é universal no direito antitruste comparado, englobando decisões da Suprema Corte norte-americana, da Comissão Europeia e do CADE.

36. No caso em questão, a Globosat defende-se afirmando que a recusa em negociar o canal Sportv somente configurar-se-ia uma infração à ordem econômica caso ela utilizasse o domínio do “mercado de origem”, negando acesso a um insumo alegadamente indispensável à competição, para dominar o mercado alvo. Para confrontar essa tese, a representada define o “mercado de origem” como sendo o de “programação para televisão por assinatura”. Outro argumento utilizado é o de que a Globosat poderia voltar à sua estrutura anterior, verticalizada, ou seja, poderia distribuir diretamente seus canais aos assinantes, ao invés de negar-se a comercializá-los para tentar dominar o mercado alvo. Assim, sua posição dominante seria consequência evidente de sua maior eficiência, estando amparada pelo parágrafo primeiro do artigo 21 da Lei 8.884/94.

37. A Globosat continua sua defesa com a apresentação de legislação e doutrina internacionais sobre o tema “exclusividade e recusa de venda”, onde são destacadas principalmente as eficiências relacionadas à exclusividade e sua utilização como um instrumento de competição, e não o contrário. Afirma, ainda, que em geral, toda a jurisprudência antitruste internacional submete as práticas restritivas verticais conforme a regra da razão, envolvendo uma indagação a respeito da funcionalidade de determinados tipos de condutas e relações contratuais. Por fim, a representada destaca a jurisprudência norte-americana, a qual preocupa-se mais com os acordos entre revendedores do que com a imposição de exclusividade por parte do produtor, pois este tem a prerrogativa de decidir, conforme sua estratégia, o seu sistema de distribuição, mesmo porque o produtor/fornecedor pode decidir distribuir diretamente seu produto/serviço. A Globosat afirma que essa regra pode ser aplicada no presente processo, pois aquela poderia disponibilizar diretamente seus canais aos assinantes, como acontecia até

1995, tendo preferido, por questões estratégicas, disponibilizá-los por um sistema de franquias organizado pela Net Brasil.

38. A seguir, a Globosat discorre sobre a alegação da representante a respeito da caracterização do canal Sportv como uma “essential facility” para o mercado brasileiro de televisão por assinatura. No início, a Globosat argumenta que o Sportv não poderia ser considerado um bem essencial ao negócio das operadoras de TV paga, pois dados de mercado demonstram a existência de um grande número de operadoras não filiadas à Net atuando vigorosamente no mercado. Após, apresenta doutrinas internacionais e jurisprudências do CADE sobre o tema “essential facility”, as quais comentam algumas características que devem ser observadas para definir-se um bem ou serviço como essencial a determinado mercado. Segundo a representada, em primeiro lugar, para ser considerado uma “essential facility”, o produto ou serviço deve ser vital para os concorrentes, ou seja, sua falta deve tornar efetivamente impossível a competição. Em segundo, não deve haver alternativas viáveis para a sua substituição ou duplicação. Em terceiro, a Globosat afirma que “não basta o argumento de que o acesso alternativo seria inconveniente ou mais custoso, devendo-se mostrar que, de fato, o acesso ao insumo é impossível ou economicamente inviável” (grifo nosso). Por fim, a representada reforça a sua tese de que o Sportv é uma vantagem competitiva da Net Brasil, e não uma “essential facility”, e que a conquista de mercado por meio de uma diferenciação dos atributos competitivos é que permite ao consumidor exercer sua soberania, escolhendo os fornecedores mais eficientes.

39. Finalizando sua tese contrária à caracterização do canal Sportv como uma “essential facility” para o mercado brasileiro de TV por assinatura, a Globosat cita o voto do conselheiro Celso Campilongo referente ao processo administrativo movido pela Directv contra a TV Globo. Neste voto, o conselheiro do CADE lista algumas condições essenciais à definição de um produto ou serviço como facilidade essencial. A primeira condição diz que, “sem o acesso àquela estrutura, não exista chance de competição, isto é, que a estrutura seja indispensável à concorrência”. A Globosat argumenta que, conforme análise da doutrina da “essential facility” adotada pela Suprema Corte

norte-americana, o canal Sportv não é um bem dessa natureza e, além disso, não houve eliminação de concorrentes, os quais continuam presentes no mercado e novas operadoras entraram no país. A segunda condição traz que “não seja economicamente eficiente nem possível, para novos entrantes, duplicar a estrutura”. A representada afirma que um canal esportivo não pode ser considerado uma facilidade essencial num mercado de origem definido como canais para televisão por assinatura e programação avulsa, não fazendo sentido considerar apenas um canal como o item fundamental de competição. Para ratificar sua tese, apresenta algumas pesquisas de opinião onde são listadas algumas razões pelas quais os consumidores optam por determinada operadora, dentre as quais estão os canais de esporte, onde o Sportv é apenas um deles, não sendo sequer o mais importante, além de sofrer concorrência da própria TV Globo, aberta e gratuita. Assim, a representada considera que canais de quaisquer gêneros podem ser considerados substitutos dos canais esportivos. Afirma, ainda, que mesmo se um canal esportivo fosse considerado um item fundamental para competição, ele poderia ser reproduzido. Caso os direitos de transmissão de futebol transmitidos pelo Sportv fossem considerados essenciais, sua duplicação seria uma mera questão de recursos financeiros, e que a televisão aberta transmite os mesmos eventos, tornando a propalada facilidade essencial já disponível a todos. Complementa sua tese, afirmando que qualquer operadora ou programadora concorrente pode oferecer montante maior para os detentores desses direitos e passar a transmitir os jogos do futebol brasileiro. A terceira condição versa que “o controle da estrutura gere ao seu titular o potencial de eliminar a concorrência”. A Globosat afirma que essa condição também não é verificada no mercado de distribuição de serviços de TV paga, pois as concorrentes da Net Brasil continuam competindo regularmente no mercado, em franca expansão. Assim, a representada reconhece que apesar de o Sportv ser um bem com certo valor para atrair assinantes, está longe de inviabilizar a competição na sua ausência.

40. Seguindo sua defesa, a Globosat apresenta a racionalidade econômica da exclusividade da programação Globosat com a Net Brasil. Conforme definição da representada, a Net Brasil é uma negociadora e empacotadora de canais, dona de uma marca forte no mercado brasileiro de

TV por assinatura, e que monta seus pacotes de canais e os oferta a cerca de 110 operadoras afiliadas à Net Brasil em todo o país. Seu modelo de negócio é baseado no tripé marcas fortes, qualidade de serviços e pacotes diferenciados e, nesse modelo, não há espaço para a comercialização de canais avulsos. Defende, ainda, que, “se não é do interesse de uma operadora filiar-se à bandeira Net, ela está livre para buscar no mercado entre as várias alternativas de canais e programação para montar seu próprio pacote”. A Globosat ressalta, também, que a Net Brasil não é uma simples intermediadora na negociação entre operadoras e programadoras, mas sim uma empacotadora de canais, e que seu modelo tem-se mostrado eficiente, ao preservar uma estrutura considerada adequada aos desejos do consumidor. Além disso, a representada afirma que, nos contratos de distribuição de canais firmados entre a Net Brasil e as programadoras, freqüentemente constam cláusulas que definem os pacotes onde os canais serão ofertados, o que facilita a atração de novos canais, pelo prévio conhecimento das características dos pacotes pelas programadoras, aumentando o poder de barganha da Net Brasil e impactando negativamente os custos de aquisição, com os ganhos sendo repassados ao consumidor diante da efetiva competição no mercado. Assim, a Globosat conclui que, por todas as características do modelo Net Brasil, é indiscutível que ela tenha o direito de decidir para quem e como vender seu produto, “especialmente porque o mercado se encontra livre para outros concorrentes, desde a produção de conteúdo até a distribuição da programação”.

41. Com relação às alegações da Neo TV quanto aos atos de concentração envolvendo a Globosat, a ESPN e a Fox Sports, a representada afirma que as representantes não têm qualquer motivo para temer a descontinuidade do licenciamento dos canais em questão, pois uma eventual exclusividade desses canais não interessaria para as outras parceiras. Como a Globosat detém uma participação minoritária nos mencionados canais, não faz sentido temer que as sócias majoritárias (Disney e News Corp.) iriam submeter-se ao interesse da parceira local (Globosat) contra seus próprios interesses. Além disso, o contrato apresentado ao SBDC dispõe que o canal deverá ter a distribuição mais ampla possível.

42. Finalmente, a Globosat conclui sua defesa requerendo o arquivamento do processo administrativo, “especificamente pela ausência de poder de mercado por parte da representada, pela inexistência de indícios de danos ao mercado e pela profunda justificativa econômica, que demonstraram a total improcedência das alegações promovidas pela representante, e que afastaram qualquer possibilidade de configuração de infração à ordem econômica que objetivava imputar”. Requer, ainda, a total improcedência dos pedidos das representantes, especialmente o de obter o licenciamento avulso do canal Sportv, e o afastamento da possibilidade de concessão de medida preventiva no presente processo.

4. Análise Preliminar das Condutas Imputadas

43. A Secretaria de Direito Econômico, em sua nota técnica que instaurou o presente processo administrativo, afirma que os fatos narrados pelas representantes constituem fortes indícios de violações aos princípios dispostos pela Lei n.º 8.884/94, reforçados por documentos que fortalecem esse indícios, principalmente no que se refere à recusa no licenciamento do canal Sportv.

44. A seguir, a SDE reforça sua tese utilizando a experiência internacional sobre o tema, afirmando em sua nota que o acompanhamento do mercado de esportes é uma realidade nas jurisdições estrangeiras, sendo que, apenas na União Européia, antes de 1999 já haviam sido instaurados cerca de 60 casos relacionados à aplicação do direito antitruste no mercado de esportes e setores correlatos, tais como a transmissão de eventos esportivos. A SDE cita, ainda, alguns trechos de textos internacionais sobre o tema, destacando que a concessão de exclusividade na transmissão de eventos esportivos não gera, per se, ilícitos anticoncorrenciais, embora a natureza desses contratos possa gerar o fechamento de mercado aos demais concorrentes.

45. A SDE conclui que o processo administrativo deverá centrar suas investigações a fim de verificar-se possíveis violações da Lei Antitruste

relativas ao processo de aquisição dos direitos sobre eventos esportivos pelas Organizações Globo, à seleção dos eventos esportivos a serem adquiridos, aos direitos sobre esses eventos e como esses direitos são cedidos às diversas empresas ligadas à Globopar e às demais empresas que compõem o sistema Net, e à política utilizada para transmissão ou não dos eventos esportivos adquiridos. Com relação ao pedido de adoção de Medida Preventiva, a SDE não o acatou.

46. Por fim, a Secretaria de Direito Econômico afirma que o processo administrativo deve apontar se as práticas da Globopar e da Globosat constituem-se em infração à Lei n.º 8.884/94, em especial nas seguintes disposições:

- a) inciso II, artigo 20 (dominar mercado relevante de bens ou serviços);
- b) inciso IV, artigo 20 (exercer de forma abusiva posição dominante);
- c) inciso IV, artigo 21 (limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado);
- d) inciso V, artigo 21 (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços);
- e) inciso VI, artigo 21 (impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem com aos canais de distribuição);
- f) inciso XII, artigo 21 (discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços);
- g) inciso XIII, artigo 21 (recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais).

5. Análise da Posição Dominante das Representadas

5.1 - Definição do Mercado Relevante

47. A jurisprudência brasileira requer, para a caracterização de uma conduta como anticompetitiva, que se avaliem os fatos relevantes segundo a “regra da razão”, ou “princípio da razoabilidade”, ou seja, que se leve em consideração os custos e os benefícios econômicos gerados pela prática. Assim, do ponto de vista da análise econômica antitruste, são condenáveis as condutas cujos efeitos anticompetitivos não sejam suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios/eficiências compensatórios.¹³

48. A análise prossegue, assim, com a determinação dos mercados relevantes para o caso em questão, as participações das representadas nos mercados relevantes definidos, a análise das condições concorrenciais nesses mercados, a identificação das condutas que vêm sendo praticadas e uma avaliação preliminar dos efeitos líquidos destas condutas, com vistas a caracterizá-las como anticompetitivas ou não.

49. Modernamente, considera-se que um produto ou serviço deve ser definido pela totalidade de suas características e não apenas por suas propriedades físicas ou organolépticas. Bens em diferentes momentos, datas, localidades, quantidades, qualidades e estados da natureza são considerados produtos distintos, independentemente do fato de suas propriedades físicas e organolépticas serem, ou não, idênticas¹⁴.

50. Definir se produtos distintos participam ou não de um mesmo mercado depende, basicamente, do que se estabeleça como o menor valor de elasticidade cruzada da demanda para produtos participantes de um mesmo

¹³ Ver Resolução do CADE n.º 20, de 09 de junho de 1999.

¹⁴ Cf. Pareceres Seae n.º 11 de 2/2/2000, referente ao PA 08012.003303/98-25, sendo a representada a empresa Phillip Morris, e n.º 435 de 08/11/2001, referente ao PA 08012.008024/98-49, sendo as representadas as empresas Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda.

mercado. De outra forma, a delimitação do mercado relevante depende do que se considere o grau de substituição mínimo entre produtos que venham a compor um único mercado.

51. Na análise antitruste, costuma-se analisar duas dimensões de substituíbilidade entre bens: a do produto e a geográfica. O método usualmente aplicado para avaliar o grau de substituição entre produtos e localidades e, com isso, definir-se o mercado relevante, é o teste do monopolista hipotético (TMH).¹⁵

52. Sendo assim, tendo em vista que as condutas imputadas pela representante às representadas referem-se a práticas restritivas verticais, é necessário que sejam definidos dois mercados relevantes, o mercado de “origem” e o mercado “alvo”, este último relacionado verticalmente a “montante” ou a “jusante” ao longo da cadeia produtiva, a fim de que seja procedida uma análise da interação entre esses mercados.

5.1.1. Definição do Mercado de Origem - Dimensão Produto

5.1.1.1. Comercialização de canais esportivos com foco em eventos esportivos nacionais para o mercado de televisão por assinatura

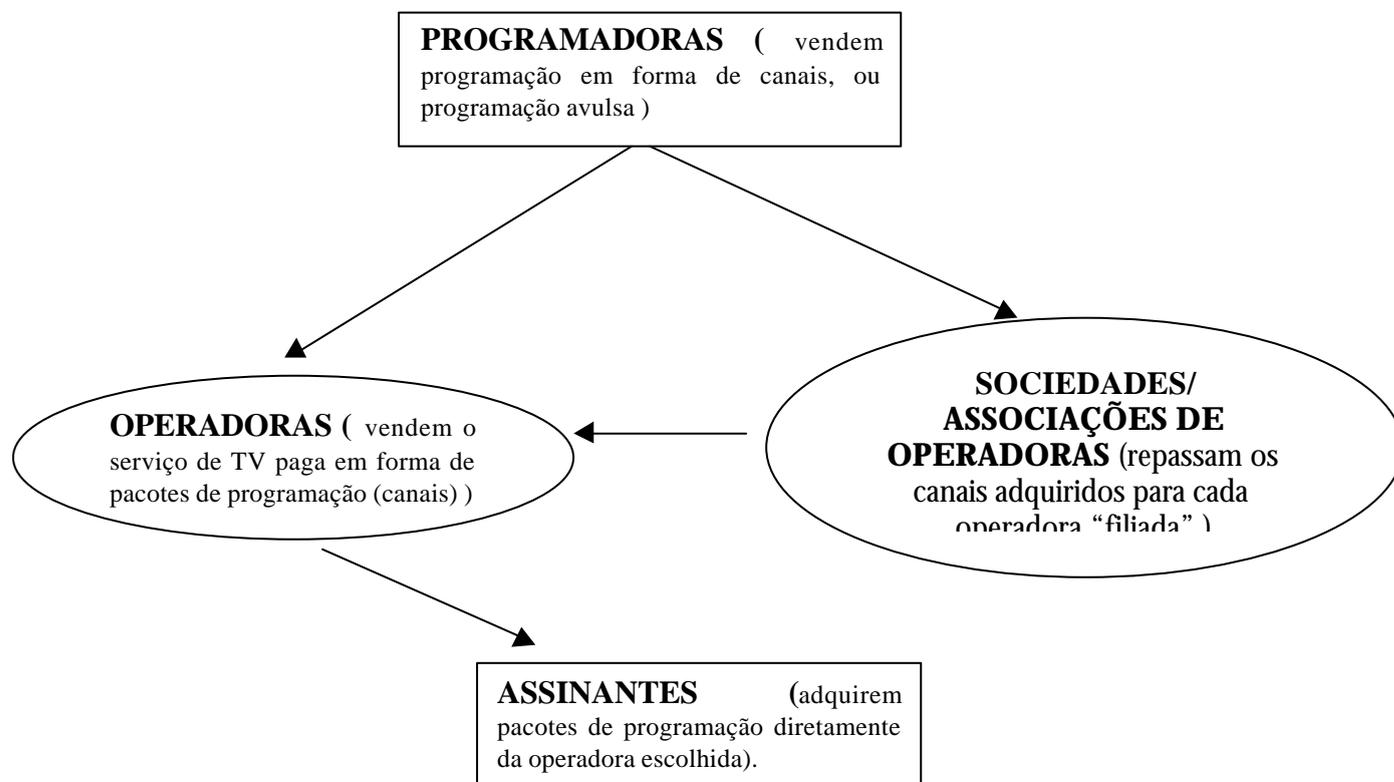
53. O mercado de televisão por assinatura possui três atores principais: as programadoras, as operadoras e os assinantes. Além desses, existem ainda as associações de compras de programação. Com o intuito de diferenciar os mercados de operação de TV por assinatura (distribuição de sinais para o consumidor final através das três principais tecnologias existentes – cabo, MMDS e DTH) e de fornecimento de programação para TV por assinatura (relacionamento entre programadoras e operadores ou associações/sociedades de compra de programação, como a Net Brasil e a

Neo TV), faz-se mister explicar as diferenças existentes entre eles. As operadoras de TV por assinatura detêm concessões ou permissões para a distribuição dos sinais dessas TVs para os seus assinantes em determinada localidade. Estas operadoras necessitam produzir a sua programação a ser transmitida ou adquiri-la de terceiros. Normalmente, as operadoras não produzem conteúdo, preferindo captar os sinais dos canais contratados com empresas distribuidoras, para a seguir processá-los e enviá-los a seus assinantes via cabo, microondas ou satélite. Neste ponto entram as programadoras, que são as empresas que fornecem conteúdo, na forma de canais ou programas avulsos. As programadoras podem produzir programação própria, adquirir de terceiros programação diversa para compor seus próprios canais, como também adquirir os direitos de transmissão de canais produzidos por outras produtoras para determinado país. As programadoras são remuneradas pelas operadoras, pela exibição de seus canais, normalmente com base no número de assinantes dessas últimas, estipulado um preço fixo por assinante. Esses custos giram em torno de 20 a 30% dos custos totais de uma operadora.¹⁶

¹⁵ A esse respeito, ver o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração, Portaria MF No 39 da Seae/MF.

¹⁶ Informações colhidas no site da Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura – ABTA (www.abta.com.br) - e em resposta ao anexo I do questionário do CADE. Entretanto, quanto ao peso dos gastos com programação no custo total das operadoras, conforme reportagem publicada na revista Pay TV de agosto de 2001, foi afirmado que, com a alta do dólar neste ano, a maior parte dos operadores viu o item de despesas com programação saltar para mais de 40% das despesas totais, contra 30% em situações normais.

GRÁFICO 1: Relações existentes entre os principais atores do mercado de televisão por assinatura



54. Sendo assim, podemos afirmar que os consumidores diretos das programadoras, mercado de atuação da Globosat, são as operadoras ou as sociedades de compras de programação, e não os assinantes de TV por assinatura. Convém lembrar, nesse ponto, que no setor de aquisição de canais, as Organizações Globo estão presentes tanto como operadora (por meio da Net Serviços e da Sky Brasil) quanto como sociedade de compra de programação (por meio da Net Brasil). A relação comercial aqui discutida dá-se, portanto, entre esses dois participantes da cadeia, quais sejam, as programadoras e as operadoras ou sociedades de compra de programação.

55. Com isso, não há que se cogitar sobre a possibilidade de incluir no mesmo mercado relevante de atuação das programadoras outras formas de entretenimento, onde a relação comercial se dá entre o ofertante do serviço e o

consumidor final, tais como cinema, videolocadoras e teatro. Da mesma forma, a programação ofertada pela televisão aberta não se confunde com os serviços prestados pelas TVs por assinatura, tendo em vista três aspectos principais: preço pago pelo consumidor, variedade de conteúdos e qualidade da transmissão. Esses dois serviços possuem características de complementariedade, e não de substituibilidade, haja vista que o consumidor, no momento de optar por assinar um serviço de TV paga, não está trocando a TV aberta por aquela, mas sim adquirindo mais opções de escolha de programação.¹⁷

56. Considerando análises já efetuadas por esta Secretaria relativas ao mercado de fornecimento de programação (canais) para TV por assinatura, podemos concluir que este mercado tende a ser segmentado nos diversos gêneros disponíveis aos assinantes.¹⁸ Todas as principais operadoras de TV paga do país, questionadas em diversos processos, afirmaram que a substituição entre canais de gêneros diversos não é possível sem causar prejuízos aos seus serviços. Apenas como exemplo, em caso recentemente analisado por esta Secretaria, envolvendo os Grupos Disney e News Corp., a Net Brasil, empresa pertencente às Organizações Globo, questionada sobre a possibilidade de substituição entre canais de gêneros diversos, respondeu, *in verbis*: “canais de gêneros diversos não substituem canais com programação específica como o caso do Fox Kids, que possui programação especificamente infantil”.¹⁹

57. Possuir uma diversidade de canais para oferecê-los ao seu assinante é ponto chave para a sobrevivência das diversas operadoras de televisão por assinatura. Justamente pela importância da diversidade, ofertar

¹⁷ Apenas a título de ilustração, mencionamos alguns casos de mídia analisados pela Comissão Europeia nos últimos anos que consideraram as televisões aberta e por assinatura como mercados distintos: Caso B Sky B / Kirch Pay TV (21/03/2000); Caso ABC / Generale Des Eaux / Canal + / W.H. Smith TV (10/09/91); Caso NC / Canal + / CDPQ / Bank America (03/12/98); Caso Bertelsmann / News International / Vox (06/09/94); Caso Vivendi / Canal + / Seagram (13/10/2000).

¹⁸ Apenas como exemplo, a Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura – ABTA - classifica o mercado de canais para TV por assinatura em 10 gêneros. Já a revista especializada Pay TV classifica o mercado, em seu guia de canais 2002, em 18 gêneros. Todavia, há diversas classificações possíveis no mercado de canais para TV por assinatura.

¹⁹ Informação prestada em resposta ao Ofício n.º 2.996/01 COGSE/SEAE/MF, referente ao Ato de Concentração n.º 08012.004909/2001-07 (*The Walt Disney Company* e *The News Corporation Limited*).

canais especializados em diversas temáticas, como esportes, filmes, jornalismo, variedades, infantis, etc., torna mais atrativa determinada operadora para os assinantes atuais e potenciais. Sendo assim, torna-se necessário que uma operadora de TV paga possua acesso a canais de gêneros diversos, principalmente a canais temáticos chaves para o processo de escolha dos assinantes entre uma ou outra operadora, como canais de filmes e de esportes.²⁰ A competitividade de uma operadora que não possua um canal de determinado gênero, que tenha o condão de atrair consumidores, fica enfraquecida perante uma operadora que tenha acesso a esses canais. Assim, a substituíbilidade entre certos canais, para as operadoras, somente é provável dentro do mesmo gênero.

58. Supondo um aumento nos preços cobrados pela programadora que detém os direitos sobre um canal de determinado gênero, caso uma operadora queira substituí-lo, sem desagradar seus clientes, sob pena de perdê-los para outra operadora, ou sem tornar seu pacote de canais menos atrativo para o assinante potencial, aquela procurará, em princípio, outro canal do mesmo gênero, com programação similar. Mesmo essa substituição poderia ocasionar alguma perda para a operadora, pois assinantes fiéis ao canal substituído poderiam não ficar satisfeitos com o novo canal adquirido pela operadora, apesar de estar classificado dentro de uma mesma temática. Todavia, certamente a substituição de um canal de um gênero por outro (por exemplo, a substituição de um canal de jornalismo por um canal infantil) impactaria negativamente mais assinantes do que a primeira opção, pois esses perderiam uma opção de escolha de gênero no seu pacote de canais, reduzindo o seu bem estar.

59. Se a substituição de um canal de determinada categoria por outro

²⁰ O *Federal Trade Commission*, órgão antitruste dos Estados Unidos, em análise sobre a fusão entre a *Time Warner e a Turner Broadcasting*, em 1996, reconheceu a importância de alguns canais para as operadoras reterem seus assinantes ou expandirem suas bases. Esses canais são conhecidos como “*Marquee Networks*”, e foram citados, no caso americano, os canais HBO (filmes), CNN (jornalístico), *Disney Channel* (infantil) e ESPN (esportivo) como integrantes desse grupo de canais fundamentais. Fonte: “*The Antitrust Revolution*”, Kwoka, J. and L. White, eds. (1994). Third edition. New York: Oxford University Press, Case 19: Time Warner – Turner (1996), pg. 461.

de temática diversa é difícil, mais improvável seria a substituição de canais de categorias chaves dentro do mercado de televisão por assinatura, como esportes e filmes, por outros canais de gêneros diferentes. De fato, a categoria de esportes, na qual se insere o canal objeto desta investigação, o Sportv, é reconhecidamente crucial para o sucesso de uma operadora na manutenção e conquista de clientes. Várias pesquisas de opinião apontam os canais esportivos como uma das principais categorias do mercado de TV por assinatura, assim como os principais participantes desse setor já consultados por esta Secretaria em atos de concentração anteriores, e a própria experiência internacional no campo da análise antitruste envolvendo o setor de TV paga.²¹

60. Como se pode notar, considerando as características do mercado brasileiro de TV paga e a experiência internacional sobre o tema, tem-se que os canais esportivos formam uma categoria à parte para o mercado de televisão por assinatura, sendo improvável a substituição dos mesmos por outros canais de categorias diversas. Conclui-se, portanto, que canais infantis, jornalísticos, eróticos, variedades, dentre outros gêneros, não fazem parte do mesmo mercado relevante dos canais esportivos, dada a desproporcional relevância destes últimos para a montagem dos pacotes a serem ofertados aos assinantes pelas operadoras. Isto porque, sob o ponto de vista da demanda, aplicando-se o teste do “monopolista hipotético”, caso ocorresse um pequeno porém significativo e não transitório aumento nos preços cobrados pelas programadoras detentoras dos direitos de comercialização sobre os canais esportivos, dificilmente as operadoras substituiriam esses canais por outros canais de gêneros diversos, haja vista que perderiam mercado para outras operadoras que ofertassem canais esportivos. A atratividade dos canais esportivos e a importância desses para o bem estar do consumidor desse mercado, fatores chaves para a escolha das operadoras na definição de

²¹ Para informações mais detalhadas sobre as pesquisas de opinião e as respostas dos participantes do mercado sobre o tema, favor reportar-se aos pareceres Seae n.º 138 e 139/2002, relativos aos atos de concentração n.º 08012..005865/2000-43 e 08012.005864/2000-07. Sobre a experiência internacional, ver, por exemplo, pareceres dos seguintes casos, publicados no site da Comissão Européia (<http://europa.eu.int/comm/competition/>): BVI Television (Europe) / SPE Euromovies Investments / Europe Movieco Partners (03/02/2000); B Sky B / Kirch Pay TV (21/03/2000); NC / Canal + / CDPQ / Bank America (03/12/98). Nos Estados Unidos, ver decisão do Federal Trade Commission (FTC) no caso Time Warner / Turner Broadcasting.

compra de um canal, determinam a restrição da definição do mercado relevante em canais esportivos para televisão por assinatura. Apenas a título de ilustração, em recente decisão do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) sobre ato de concentração envolvendo o mercado de programação para televisão por assinatura²², aquele órgão aceitou a tese de segmentação do mercado de canais para TV paga defendida por esta Secretaria, com o conselheiro relator do caso definindo o mercado relevante como sendo o de “canais para TV por assinatura com conteúdo de gênero infantil / infanto-juvenil”.

61. Além de todas essas dificuldades de substituição entre canais de gêneros diversos, apresentadas anteriormente, deve-se ressaltar ainda as grandes diferenças nos preços cobrados pelas programadoras referentes aos canais distribuídos no Brasil, o que reforça, de certa forma, a segmentação do mercado de canais para TV por assinatura por gênero. As duas principais compradoras de canais para o mercado brasileiro de televisão por assinatura, a Neo TV e a Net Brasil, apresentaram a esta Secretaria, em atos de concentração anteriores²³, tabelas com a média dos preços pagos em 2002 por todos os canais adquiridos por elas. Por exemplo, para a Neo TV os preços mensais por assinante variaram de US\$ (sigilo) (canal étnico) a US\$ (sigilo) (pacote de canais de filmes). A grande variação nos preços dos canais também ocorreu com a Net Brasil. Como exemplo, citamos o canal francês TV5, cujo preço mensal por assinante era R\$ (sigilo), os canais de variedades Sony e Warner, cujos preços eram de R\$ (sigilo) por assinante/mês e o pacote de canais de filmes Telecine (5 canais), cujo preço era R\$ (sigilo) por assinante/mês. Já o canal esportivo ESPN International custava, para a Net Brasil, R\$ (sigilo) por assinante/mês, e para a Neo TV, de US\$ (sigilo) a US\$ (sigilo), dependendo do alcance do canal (pacote de distribuição). Dessa forma, levando-se em consideração mais essa variável (preço), verifica-se ser improvável a substituição entre canais de gêneros diversos, tendo em vista que

²² Ato de Concentração n.º 08012.004909/2001-07, entre as empresas *The Walt Disney Company* e *The News Corporation Limited*. Relator: Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Esta operação foi aprovada por unanimidade, sem restrições, na sessão n.º 222, realizada em 24 de outubro de 2001.

um aumento nos preços de um canal de esportes dificilmente impactará a quantidade demandada de um canal de filmes, por exemplo, cujo preço é várias vezes superior àquele, ou vice-versa. Assim, caso utilizássemos o teste do monopolista hipotético ou mesmo a elasticidade cruzada da demanda para a definição do mercado relevante, seria razoável supor que uma elevação nos preços de um canal de determinado gênero não impactaria a quantidade demandada de outro canal de gênero diverso. Como conclusão, teríamos que canais de gêneros diversos não são substituíveis entre si e, portanto, não fazem parte do mesmo mercado relevante, sob a ótica da dimensão produto.

62. Deve-se ressaltar também a dificuldade de substituição entre os canais esportivos com foco em eventos nacionais e os com foco em eventos internacionais. De fato, os primeiros possuem uma maior atratividade junto aos assinantes, pois transmitem eventos com participação de clubes e atletas brasileiros, além de programas diversos focados nos esportes nacionais. Como os eventos transmitidos são distintos entre esses canais, não há como substituí-los entre si. Essa dificuldade de substituição também foi confirmada pelos principais participantes do mercado brasileiro de TV paga em processos anteriores.²⁴ Outro ponto que reforça essa dificuldade de substituição está nos preços cobrados pelas programadoras que detêm os direitos de comercialização sobre os canais esportivos distribuídos no país. A Net Brasil, por exemplo, afirmou anteriormente que pagava pelo ESPN Brasil, em valores de julho de 2001, US\$ (sigilo) por assinante residencial, enquanto pagava US\$ (sigilo) pelo ESPN International, ou seja, quase três vezes mais pelo canal nacional (ESPN Brasil).²⁵ Como pode-se notar, os valores cobrados por esses canais demonstram, de certa forma, o grau de diferenciação existente entre eles, dificultando, assim, a substituição entre os mesmos. Por fim, cabe mencionar que esta Secretaria, analisando o contrato estabelecido entre a Globosat e a ESPN Brasil, no ato de concentração em que a primeira adquiriu 25% de participação acionária na segunda, verificou que estas programadoras,

²³ Ver atos de concentração n.º 08012..005865/2000-43 e 08012.005864/2000-07, envolvendo as empresas Globosat, ESPN International, ESPN Brasil e Fox Sports.

²⁴ Ver nota n.º 21.

²⁵ Idem.

que distribuem no Brasil canais esportivos, reconhecem a diferenciação existente entre os canais com enfoque em eventos esportivos internacionais, dos quais é exemplo o ESPN International, e os com enfoque em eventos esportivos nacionais, dos quais são exemplos o Sportv e o ESPN Brasil. No acordo de quotistas, aquelas empresas identificam o canal ESPN Brasil como um “serviço brasileiro”, que significa, nos termos estabelecidos no acordo mencionado, *in verbis*, (sigilo).

63. Sob o ponto de vista da oferta, essa definição também é válida, tendo em vista que os insumos utilizados por uma programadora para produzir um canal esportivo são bastante diferentes e demandam uma quantidade maior de recursos para a sua produção. São necessários, por exemplo, grandes investimentos para a aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos e contratação de pessoal especializado em esportes para a locução e comentários de cada esporte. Quanto aos direitos de transmissão de eventos esportivos, destaca-se que os valores cobrados por esses são bastante altos, principalmente os eventos nacionais, dificultando a realocação de recursos de uma programadora que queira entrar nesse mercado específico. Apenas como exemplo, citamos os valores pagos pelo campeonato brasileiro de futebol. A Globosat pagou em 2000 US\$ (sigilo) pelos direitos de imagem no país para TV fechada, enquanto a ESPN pagou US\$ (sigilo) pelos direitos internacionais de transmissão.²⁶ Não há, portanto, indícios claros de que uma programadora que, atualmente, não oferte um canal de esportes, desvie os seus recursos para produzir um canal esportivo para o mercado de televisão por assinatura.

64. Sendo assim, definimos como mercado relevante de origem desse processo administrativo a **comercialização de canais esportivos com foco em eventos esportivos nacionais para o mercado de televisão por assinatura.**

²⁶ Informações prestadas pelo Clube dos Treze, relativas aos atos de concentração n.º 08012..005865/2000-43 e 08012.005864/2000-07, envolvendo as empresas Globosat, ESPN International, ESPN Brasil e Fox Sports.

65. Todavia, para uma análise mais precisa dos efeitos da restrição vertical em questão, faz-se mister a definição de outro mercado de origem, verticalmente relacionado com o definido acima.

5.1.1.2. Aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais para TV por assinatura

66. Com o intuito de montar a grade de programação de seu canal esportivo, a Globosat adquire direitos de transmissão de eventos esportivos, tanto diretamente dos organizadores dos eventos quanto de terceiros, que adquirem alguns direitos de transmissão de certos eventos esportivos para repassá-los a programadoras de canais de TV por assinatura ou redes de televisão aberta. Estes direitos são insumos fundamentais para a produção de um canal especializado em programação esportiva.

67. Para se delimitar mais precisamente este mercado relevante, é necessário que sejam esclarecidas três questões fundamentais: 1) diferença entre direitos de transmissão de eventos esportivos e outros eventos/programas; 2) diferença entre TV aberta e TV por assinatura; e 3) diferença entre direitos de transmissão de eventos esportivos “nacionais” e “internacionais”.

68. Com relação à primeira diferença, a própria natureza dos esportivos aponta para a impossibilidade de substituição entre direitos de transmissão de eventos esportivos e outros eventos ou programas. As programadoras de canais esportivos formatados para a TV paga não veriam outros programas ou eventos não esportivos como opções de substituição para eventos esportivos. Assim, em tese, sob o ponto de vista da demanda, um eventual aumento nos preços cobrados pelo detentor dos direitos de exibição de um evento esportivo, por exemplo, um campeonato de futebol, não impactaria a quantidade demandada de um programa de variedades ou de um filme, tendo em vista que seu cliente direto, a programadora responsável pela formatação do canal esportivo, frente a esse aumento de preços, não pensaria

em exibir em seu canal uma programação não esportiva, sob pena de desviar-se de seu foco de atuação e desagradar seus assinantes. Esta substituição faria a programadora desviar-se da própria natureza da TV por assinatura, baseada na segmentação de programação em diversos canais especializados, sendo esta uma das principais diferenças entre a TV paga e a TV aberta. A estratégia mais provável dessa programadora seria procurar outro evento esportivo para substituir aquele outro cujo preço foi majorado. Da mesma forma, sob a ótica da oferta, seria praticamente impossível a um “produtor” de conteúdo desviar de seu foco de atuação, em um curto espaço de tempo e sem maiores gastos, para produzir outros tipos de programação, tendo em vista a enorme diversidade dos insumos existentes nesse mercado. Certamente o tempo e os custos dispendidos para essa mudança de foco na produção de conteúdo seriam bastante elevados para classificá-los, sob o ponto de vista da oferta, em um mesmo mercado relevante. Por exemplo, um produtor de conteúdo infantil não teria condições de, rapidamente e sem maiores custos, desviar sua capacidade de produção para outra área, como esportes. Não haveria, portanto, substituíbilidade, pelo lado da oferta, entre produtores de conteúdos diversos.

69. Essa divisão entre direitos de transmissão de eventos esportivos e outros tipos de programação já se encontra consagrada na prática antitruste da Comissão Européia. Vários textos sobre concorrência no mercado de mídia da Europa e alguns casos analisados por aquela autoridade antitruste exploram o tema. Em nenhum deles há discussão sobre a substituíbilidade entre direitos de transmissão de eventos esportivos e outros tipos de programação.²⁷

70. A maior discussão está na segmentação do mercado de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos por modalidade esportiva, como futebol, automobilismo, basquete, tênis, etc., e até em segmentações

²⁷ Apenas a título de ilustração, citamos um trecho de decisão recente da Comissão Européia sobre o tema, referente ao caso Canal+/RTL/GJCD. Neste parecer, na definição de mercado relevante, foi afirmado, *in verbis*, “*broadly speaking, the results of the Commission’s market investigation demonstrate that although sports broadcasting rights may constitute a distinct field from other television programming, it ought to be further sub-divided into other separate product markets. More particularly, the Commission’s market investigation suggests that, at least within the EEA, football broadcasting rights may not be regarded as substitutes to other sports broadcasting rights...*”.

mais profundas, como eventos regulares de futebol (campeonatos nacionais, por exemplo) e eventos esporádicos (como a copa do mundo).²⁸ Todavia, mais recentemente a Comissão Europeia vem segmentando esse mercado relevante em “filmes premium”, eventos futebolísticos (regulares e com a participação de times locais), outros eventos esportivos e “canais temáticos”.²⁹ No caso específico da Globosat e do canal objeto da representação, o Sportv, faz-se necessária a segmentação entre seus direitos de transmissão de eventos esportivos, notadamente com relação ao futebol envolvendo times brasileiros, haja vista o seu maior apelo aos assinantes, agregando maior valor a este canal. Neste aspecto, vale mencionar que em suas mais recentes decisões (as fusões da Telepiú e Stream, na Itália, e da CanalSatélite Digital/Sogecable e Via Digital, na Espanha), tanto a Comissão Europeia (no primeiro caso) quanto a *Dirección General de Defensa de Competencia* (no segundo caso) definiram como um dos mercados relevantes das operações a aquisição de direitos de transmissão de eventos futebolísticos regulares e com participação de times locais.³⁰

71. Com relação às diferenças entre o mercado de TV por assinatura e TV aberta, além das considerações já desenvolvidas na definição do primeiro mercado relevante de origem (Comercialização de canais especializados em programação esportiva nacional para TV por assinatura), vale acrescentar que as aquisições de direitos de transmissão de eventos esportivos são realizadas por meio de distribuição, ou seja, são vendidas pelos detentores dos direitos separadamente para TV aberta, TV paga e Pay-per-view. Desses três meios de distribuição, a representada é atuante nos dois últimos, enquanto seu grupo econômico (Globo) atua também no primeiro. Todavia, haja vista o escopo da

²⁸ Para maiores informações, ver os seguintes textos e pareceres: *broadcasting of sports events and competition law; the commission’s assessment of the eurovision system pursuant to article 81 EC; EC competition law and digital pay television; case 37.576 – UEFA’s broadcasting regulations; case M.2483 – Canal+/RTL/GJCD/JV; case JV.37 – B Sky B/Kirch Pay TV e case M.2050 – Vivendi/Canal+/Seagram* (este último menciona o mercado de direitos de transmissão de eventos esportivos, embora esteja focado no mercado de aquisição de filmes).

²⁹ Informação contida no texto “Recent Consolidation in the European Pay-TV Sector”, de Miguel Mendes Pereira, publicado na Competition Policy Newsletter n.º 2 - Summer 2003.

³⁰ As decisões sobre o caso Sogecable/CanalSatélite/Via Digital podem ser encontradas nos seguintes endereços: http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2845_es.pdf; e http://www.mineco.es/dgdc/sdc/Acuerdos%20Consejo%20Ministros/N-280_1_ACM.htm. Com relação

presente representação centrar-se no mercado de TV por assinatura, a análise das características desse mercado relevante será procedida apenas nessa indústria específica.

72. A aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos separadamente por meio de distribuição já foi confirmada, em análises anteriores efetuadas por esta Secretaria, por vários participantes desse mercado, notadamente os detentores e os compradores de direitos de transmissão de eventos esportivos. A própria Globosat, na análise do ato de concentração envolvendo esta e a ESPN Brasil, afirmou que (sigilo). Outros possíveis concorrentes da Globosat nesse mercado também confirmaram essa forma de comercialização de direitos esportivos, assim como alguns dos principais detentores desses direitos no Brasil.³¹ O Clube dos Treze, em resposta ao Ofício n.º 744/03, comentando a forma de comercialização dos direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol, informou a esta Secretaria, *in verbis*, que “... No caso específico da TV Globo, os direitos para as três janelas são, usualmente, negociados em conjunto pelas equipes da TV Globo e da Globosat, muito embora os preços para transmissão em cada uma das janelas seja individualizado”.

73. A Comissão Europeia também ratifica a tese de segmentação do mercado de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos por meio de distribuição. Citamos aqui dois trechos de decisões recentes dessa autoridade antitruste, uma referente ao caso B Sky B / Kirch Pay TV (03/2000) e outra referente ao caso Canal+ / RTL / GJCD (11/2001). No primeiro caso, foi afirmado na definição de mercado relevante de produto que “direitos de eventos esportivos também são divididos em direitos para TV aberta, TV paga e pay-per-view”.³² No segundo caso, a Comissão Europeia afirmou que “direitos para TV paga e TV aberta não são substituíveis entre si, devido ao fato

ao caso Telepiú/News Corp, sua decisão pode ser encontrada no seguinte endereço: http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2876_en.pdf.

³¹ Informações constantes do parecer Seae n.º 139/2002, relativo ao ato de concentração n.º 08012.005864/2000-07.

de que eles são designados para TV aberta e TV paga respectivamente”. Mais à frente, afirmou que “TV paga constitui um mercado relevante de produto distinto do de TV aberta devido primariamente às diferenças nas condições de competição entre esses dois modos de distribuição, refletido nas suas diferentes fontes de receita”.³³

74. Por fim, com relação às diferenças entre direitos de transmissão de eventos esportivos “nacionais” e “internacionais”, convém ressaltar novamente a natureza dos canais esportivos nos quais a Globosat detém participação acionária, especializados em programação esportiva nacional. Apesar de tanto o Sportv quanto o ESPN Brasil montarem sua grade de programação mesclando eventos nacionais com eventos internacionais, sua diferenciação, seu *core business*, está baseado em programação esportiva nacional. A ESPN, por exemplo, vem praticando essa diferenciação no Brasil há anos, com seus dois canais esportivos, o ESPN International, especializado em programação esportiva internacional, e o ESPN Brasil, objeto da presente operação, especializado em programação esportiva nacional. Além disso, como o mercado em pauta refere-se à aquisição de direitos esportivos nacionais, nossa análise deve ser centrada no impacto do poder de mercado do comprador (no caso específico, a Globosat) sobre os vendedores localizados no país (os detentores dos direitos) e, conseqüentemente, nos consumidores finais (os assinantes de TV paga).

75. Na análise do ato de concentração envolvendo a Globosat e a ESPN Brasil, já mencionado anteriormente, as próprias requerentes estabeleceram a diferenciação entre programação esportiva nacional e internacional no acordo de quotistas celebrado entre as partes. De acordo com a cláusula I – Definições – o termo “serviço brasileiro” foi definido como (sigilo).

³² Tradução livre do seguinte trecho: “...Rights to sporting events are also broken down into rights for broadcasting in clear, pay-TV and pay-per-view”. Parágrafo 44, case n.º COMP/JV.37, disponível no site da Comissão Européia.

³³ Tradução livre do seguinte trecho: “...Pay TV rights and free TV rights are not interchangeable due to the fact that they are earmarked for free TV or pay TV respectively” e “...pay TV constitutes a relevant product market separate from free TV due primarily to differences in the conditions of competition between the two modes of broadcasting, resulting from differences in their sources of revenue”. Case n.º COMP/M.2483.

Quanto ao termo “programação brasileira de esportes”, o referido acordo traz a seguinte definição: (sigilo).

76. Como pode-se notar, é clara a distinção entre programação esportiva nacional e internacional, tendo em vista a maior atratividade da primeira em relação à segunda. Do ponto de vista do cliente direto dos canais esportivos, as operadoras, a capacidade de atração de novos assinantes pela oferta de programação esportiva nacional é superior à capacidade de atração de operadoras que não ofertam esse tipo de programação.³⁴ De fato, um assinante fã de futebol, principal esporte do país, não substituiria o campeonato brasileiro de futebol, por exemplo, pelo campeonato italiano de futebol. Os interesses envolvidos em ambas as programações são diversos, pois um telespectador brasileiro teria, em tese, maior ligação com a competição nacional, da qual seu clube normalmente é participante, do que com uma competição de outro país, onde seu interesse é marginal, não ligado à emoção.³⁵ A fim de ilustrar essa afirmação, citamos pesquisa realizada pelo IBOPE em outubro de 2001, na qual os canais Sportv e ESPN Brasil obtiveram os melhores resultados entre os canais esportivos. O Sportv conseguiu um alcance médio de 9,5% do total de assinantes com TV paga (337,84 mil assinantes), enquanto o ESPN International obteve um alcance de 7,22%. O ESPN Brasil obteve um tempo médio de audiência superior aos demais canais esportivos, com 24 minutos/dia, enquanto o ESPN International, canal esportivo internacional mais bem colocado, alcançou 13,6 minutos.³⁶

³⁴ Apesar de não termos acesso a pesquisas que indiquem com precisão essa tendência, vários indícios apontam para a correção dessa afirmação. A própria exclusividade dos principais eventos esportivos nacionais negociada pela Globosat para transmissão no Sportv e canais Premiere Esportes, canais exclusivos das operadoras ligadas às Organizações Globo, denota a importância desses eventos em relação aos internacionais. A propaganda veiculada em vários meios de comunicação da Net Brasil e da Sky, anunciando as exclusividades dos principais torneios de futebol do país, também indica a importância desses eventos para a atração de novos assinantes e manutenção dos atuais. Além disso, a experiência internacional sobre o tema, especialmente a Comissão Européia, já distingue claramente programação esportiva “nacional” de “internacional”, as quais compõem mercados relevantes distintos.

³⁵ O esporte é, reconhecidamente, um setor de atividades que se está incorporando rapidamente à economia de mercado, mas que no entanto tem características culturais que o distinguem de outras mercadorias, principalmente a relação afetiva do consumidor. Por exemplo, os telespectadores freqüentemente são torcedores dos times envolvidos nos torneios, o que aumenta muito o apelo do espetáculo comercializado.

³⁶ Pesquisa publicada na revista Pay TV n.º 89, de dezembro de 2001. Ressalta-se que o Sportv, mesmo tendo menos assinantes que o ESPN International, obteve um índice de alcance médio superior a este último. Com relação ao tempo médio de audiência, os canais nacionais superaram em muito os canais

77. Os valores cobrados pelos canais esportivos nacionais e internacionais também demonstram, de certa forma, a diferenciação existente entre eles. Conforme já informado, o ESPN Brasil custa para as operadoras quase três vezes mais do que o ESPN International, o que reflete seus custos (os valores de direitos esportivos nacionais são, em geral, superiores a direitos esportivos internacionais) e sua importância para o assinante (canais esportivos nacionais possuem maior atratividade do que canais esportivos internacionais).

78. Considerando todas as características dos direitos de transmissão de eventos esportivos discutidas neste tópico, conclui-se que, caso a representada impusesse uma redução nos valores dos direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais a seus detentores, estes não teriam outra opção para desviarem sua oferta além de outras programadoras de canais esportivos nacionais. Esta limitação deve-se às diferenças existentes entre direitos esportivos e outros direitos, entre televisão aberta e por assinatura e entre direitos nacionais e internacionais, já discutidas.

79. Além de todas essas diferenças, há que se ressaltar a separação entre direitos de transmissão de campeonatos de futebol com a participação de clubes nacionais ou, simplesmente, direitos de transmissão de “futebol nacional”, e direitos de transmissão de outros esportes. Conforme já mencionado nos parágrafos anteriores, diversos fatores sugerem a divisão de mercado relevante entre direitos de futebol “nacional” e outros esportes. O principal fator de diferenciação é a maior atratividade dos primeiros em relação aos últimos, o que acaba por refletir diretamente nos preços cobrados pelos detentores originais dos direitos. Apenas como exemplo, citamos resposta ao ofício n.º 2.051/01 referente ao ato de concentração entre a Globosat e a ESPN Brasil, na qual a Globosat afirmou que, de 1999 a 2001, investiu R\$ (sigilo) em direitos de transmissão de futebol, enquanto em todos os outros esportes “nacionais” investiu R\$ (sigilo) no mesmo período (sendo que a modalidade

internacionais (ESPN International e PSN), alcançando quase o dobro de audiência, demonstrando, assim, que possuem uma programação mais atrativa para o consumidor brasileiro.

esportiva que mais recebeu recursos, depois do futebol, foi o basquete, com R\$ (sigilo), cerca de (sigilo) vezes menos). A recente experiência internacional sobre o tema, bem expressada nos pareceres da Comissão Europeia nas operações entre a Telepiú e a NewsCorp, na Itália, e na Sogecable e Via Digital, na Espanha, ressalta essa divisão.³⁷ Em ambos os casos, foram definidos mercados relevantes distintos para aquisição de direitos de transmissão de torneios regulares de futebol, com participação de clubes “nacionais”, e de direitos de transmissão de outros esportes.

80. Apesar de não termos dados exatos que apontem essa divisão no Brasil, é de domínio geral que futebol é a modalidade esportiva mais relevante do país, com maior apelo popular, tal como na Itália e na Espanha, onde o futebol também é bastante apreciado. Além disso, a tática de adquirir todos os principais direitos de transmissão de futebol, por prazos longos e com exclusividade, utilizada nos últimos anos pela Globosat e pelo seu grupo econômico, denotam a importância desses direitos para as suas atividades em TV por assinatura e TV aberta. Outro bom indicador dessa divisão é o sucesso das vendas dos principais campeonatos de futebol do país (como o campeonato brasileiro) pelo sistema pay-per-view das operadoras Net Serviços e da Sky.³⁸ Como pode-se perceber, diversos fatores indicam a separação dos mercados de aquisição de direitos esportivos, com os de futebol “nacional” em destaque, por serem considerados essenciais para a atividade de TV por assinatura.

81. Sendo assim, por serem estritamente ligados ao mercado relevante de origem definido no tópico anterior, definimos também como mercados relevantes de origem desse processo administrativo os de **aquisição**

³⁷ No parecer do caso Telepiú NewsCorp, por exemplo, a Comissão Europeia afirmou, *in verbis*, que “...Moreover, in view of the characteristics of this type of content and the pricing terms (which are clearly higher than for other regular sport events where national teams participate), the acquisition of exclusive broadcasting rights for these regular football events where national teams participate can be considered as a separate product market, clearly distinguishable from other contents acquisition markets”.

³⁸ Segundo reportagem intitulada “PPV já é campeão no Brasileiro”, publicada na revista Pay TV n.º 104 (maio/2003), em 2002 foram vendidos 230 mil pacotes do campeonato Brasileiro, enquanto apenas entre março e abril deste ano já foram vendidos 170 mil.. Isso significa que 170 mil assinantes das operadoras Net Brasil e da Sky, além de pagarem suas mensalidades, ainda desembolsaram uma quantia considerável para terem acesso aos jogos do campeonato brasileiro de futebol de 2003, que serão transmitidos com exclusividade pelo sistema pay-per-view.

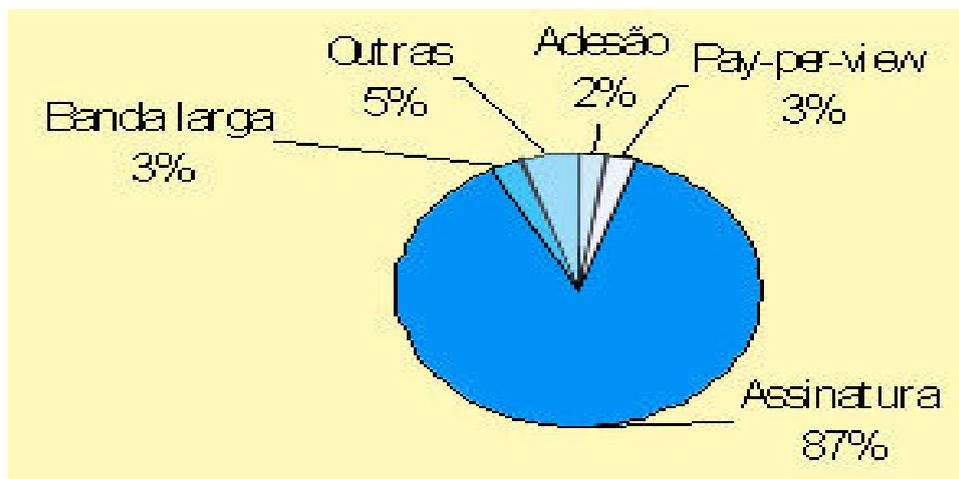
de direitos de transmissão de torneios regulares de futebol “nacional” (que se realizam anualmente e com participação de times nacionais) para televisão por assinatura, e de aquisição de direitos de transmissão de outros eventos esportivos para televisão por assinatura.

5.1.2. Definição do Mercado Alvo - Dimensão Produto

82. O mercado alvo do presente processo administrativo engloba os serviços de distribuição de sinais de televisão por assinatura, atividade exercida pelas operadoras de TV paga.³⁹ Segundo definição contida no *website* da Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura – ABTA - operadora é a empresa responsável pela distribuição de sinais de TV por assinatura. A operadora, normalmente, não produz conteúdo. Ela capta os sinais dos canais contratados ou dos canais abertos, processa-os e os envia aos assinantes pelo cabo, microondas ou satélite. Também é a operadora a responsável pelo atendimento e cobrança dos assinantes. As operadoras pagam às programadoras, responsáveis pelo conteúdo, pela exibição de seus canais, sempre em uma base mensal por número de assinantes. Algumas empresas reúnem sob seu controle várias operações em diferentes localidades, as chamadas MSOs (Multiple Systems Operators), ou multioperadoras. A maior parte das operadoras brasileiras já ativas está vinculada atualmente a alguma das principais MSOs.⁴⁰ O faturamento das operadoras provém, em sua maioria, das assinaturas cobradas dos seus assinantes. A divisão das rubricas relativas ao faturamento das operadoras de TV paga pode ser observada no quadro abaixo:

³⁹ Nos Estados Unidos, este mercado é definido como “multichannel video programming distribution – MVPD”, termo este consagrado pela indústria de TV paga e pelo órgão regulador norte-americano, o Federal Communication Commission – FCC.

⁴⁰ Ver: <http://www.abta.com.br/panorama/faq.php>.

Quadro 1 – Faturamento Bruto por origem*

Fonte: ABTA

* Estimativa com base nas informações de operadoras que representam 56% da base total de assinantes.

83. As principais características dos serviços de TV paga, que os diferenciam dos serviços de TV aberta, são: (i) a oferta de um grande número de canais, não disponíveis na TV aberta, cujas programações são, normalmente, focadas em um tema específico (por exemplo: canais infantis, com desenhos animados; canais jornalísticos, com notícias 24 horas; canais esportivos, com programação exclusivamente esportiva; canais de filmes, com transmissão ininterrupta de filmes feitos para o cinema e também para televisão); (ii) a maior qualidade tecnológica de som e imagem; e (iii) a cobrança de uma mensalidade pela distribuição dessa programação “especial”. Além disso, as operadoras oferecem, normalmente, algumas opções de pacote de programação, que incluem desde canais “básicos” (os de menor custo para as operadoras) até os canais “premium” (dos quais são exemplos os canais de filmes Telecine e HBO, e os canais esportivos nacionais, Sportv e ESPN Brasil), sendo que algumas operadoras ofertam outros serviços, como eventos “pay-per-view”, guias eletrônicos de programação, jogos, acesso à Internet banda larga, etc.

84. No Brasil, destacam-se três tecnologias principais de distribuição dos serviços de TV por assinatura: cabo, MMDS (microondas terrestres) e DTH

(bandas C e KU). Atualmente, o cabo detém a maior parcela de mercado, seguido do DTH e, por último, do MMDS. Apesar de as três tecnologias apresentarem algumas diferenças, sobretudo em termos operacionais e de capacidade de distribuição, os pacotes de canais ofertados são similares (guardadas as diferenças referentes à exclusividade na distribuição de certos canais com algumas operadoras/tecnologias), assim como os preços cobrados pelas assinaturas mensais. Assim, os consumidores consideram-nas, de forma geral, substituíveis entre si. A análise da evolução do número de assinantes de TV paga por assinatura, demonstrada no gráfico n.º 04, reforça essa afirmativa pois, como pode-se notar, a quantidade de assinantes por tecnologia variou de forma uniforme nos últimos dois anos, com o cabo e o MMDS reduzindo suas participações de mercado. Neste aspecto, cabe ressaltar o crescimento da tecnologia DTH nos últimos anos, ganhando mercado das suas concorrentes diretas (cabo e MMDS), mesmo com o consumidor final incorrendo em um custo inicial para aquisição ou locação do equipamento, em geral, maior do que os relativos às outras tecnologias de distribuição. Isto denota, de certa forma, que as diferenças de preços dos equipamentos e dos pacotes de programação ofertados pelos diversos operadores com atuação no país não interferem, diretamente, na escolha do assinante por uma ou outra prestadora de serviço de TV paga.

Quadro 2 - Operadoras de TV por Assinatura

TECNOLOGIA	OPERADORAS
MMDS	31
TV a Cabo	112
DTH	10
TOTAL	153

Fonte: ABTA/ANATEL – Janeiro/2003

Quadro 3 – Nº Assinantes por Tecnologia

Número de assinantes por tecnologia			
TV a Cabo	MMDS	DTH	Total
2.120.000	235.000	1.163.000	3.518.000

Fonte: ABTA – Dezembro 2002

Gráfico 1 - Evolução do número de assinantes*SHARE DE MERCADO, segundo a TECNOLOGIA
(Em %)*

Fonte: ABTA

85. A experiência internacional em casos envolvendo o mercado de televisão por assinatura corrobora a tese defendida por esta Secretaria, com relação à separação dos serviços de TV paga e de TV aberta em mercados relevantes distintos, e também quanto à inclusão de todas as tecnologias de TV paga em um mesmo mercado relevante. Dentre os casos analisados mais recentemente, destacam-se: (i) a tentativa de aquisição, nos Estados Unidos, da operadora de TV por assinatura Directv pela sua concorrente direta, a Echostar, a qual foi recusada pelo *Department of Justice / Antitrust Division* em outubro de 2002⁴¹; (ii) a fusão das duas maiores operadoras de TV paga da

⁴¹ O parecer do DOJ, em sua definição do mercado relevante de produto, afirma, *in verbis*: "...cable television and DBS are both MVPD products. Although the programming services are delivered via different technologies, and there are important differences between cable and DBS, consumers view the services as similar and to some extent substitutable...most consumers do not consider broadcast television an acceptable substitute for cable and DBS services. Accordingly, even though they can receive over-the-

Espanha, a Sogecable e a Via Digital, aprovada com restrições pelo *Tribunal de Defensa de la Competencia*, em novembro de 2002⁴²; e (iii) a aquisição da Telepiú pela News Corp, aprovada com restrições pela Comissão Europeia em abril de 2003⁴³.

86. Tendo em vista todo o exposto, definimos o mercado relevante alvo deste processo administrativo, em sua dimensão produto, como o de **distribuição de serviços de televisão por assinatura, nas tecnologias cabo, MMDS e DTH.**

5.1.3. Definição do Mercado de Origem - Dimensão Geográfica

5.1.3.1 Comercialização de canais especializados em programação esportiva nacional para operadores de TV por assinatura

87. No caso específico de canais esportivos formatados para TV paga com foco em eventos nacionais, tendo em vista as suas características básicas (principalmente sua segmentação voltada para o esporte nacional), não há como se definir seu mercado relevante geográfico

air stations for free, customers are willing to pay a significant sum –several hundred dollars a year – for MVPD service”

⁴² Na sua definição de mercado relevante, o *Tribunal de Defensa de la Competencia* afirmou, *in verbis*: “El Tribunal considera la televisión de pago como um mercado distinto del de televisión em abierto por varias razones. Em primer lugar, al estudiar los mecanismos de funcionamiento de uno y outro negocio se constatan diferencias sustanciales, que se describen a continuación...Estas tres vías de distribución de la señal de televisión (cable, satélite y terrestre) son distintas desde um punto de vista técnico pero el producto final es el mismo, la relación comercial que se establece entre el operador y el abonado es de las mismas características y em los tres casos se requiere llevar a cabo servicios de gestión administrativa de abonados y la extensión de uma red de captación de clientes. Por tanto, las diferencias que se establecen entre estas tres vías em cuanto a los medios técnicos que se utilizan para distribuir la señal de televisión o el equipamiento que el abonado necesita adquirir para ver la señal descodificada no impiden que sean percibidas por el consumidor como sustituibles y, consiguientemente, no deben ser consideradas como mercados separados”.

⁴³ A Comissão Europeia manteve seu entendimento já expressado em casos anteriores, relativo à separação dos serviços de TV paga e TV aberta em mercados relevantes distintos. No caso específico, esta autoridade antitruste afirmou, *in verbis*: “...The extensive market investigation carried out in this case has shown that in Italy there is a clear distinction, from the viewpoint of both customers and suppliers, between free-to-air TV and pay-TV. The scope of the investigation encompassed free-to-air TV broadcasters, channel suppliers, football clubs and associations of consumers. A summary of the main issues raised by the market test is presented in the paragraphs below”.

além do território nacional. Além de os direitos de transmissão desses canais serem, predominantemente, referentes a eventos esportivos nacionais ou que envolvam a participação de clubes, atletas ou seleções nacionais, não há canais semelhantes em outros países que possam ser considerados substitutos perfeitos dos canais esportivos nacionais comercializados no país, fato comprovado por pesquisas já realizadas por esta Secretaria junto ao mercado em atos de concentração anteriores.⁴⁴ A atratividade desses canais para os assinantes é muito superior à atratividade de canais com foco em programação esportiva internacional. Além disso, conforme já comentado anteriormente, as estruturas de custos desses canais são muito diferentes, refletindo nos preços cobrados por eles das operadoras, suas clientes diretas. As diferenças de preços chegam a quase três vezes entre esses canais (comparação entre o ESPN Brasil e o ESPN International).⁴⁵ Sendo assim, não há que se falar em possibilidade de substituição de canais esportivos nacionais por outros canais esportivos mundiais.

88. Assim, definimos a dimensão geográfica deste mercado de origem como nacional, por todas as razões expostas.

5.1.3.2 Aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais para TV por assinatura

89. Conforme o tratamento dado ao mercado de canais esportivos nacionais para TV por assinatura, referente à dimensão geográfica, o mercado de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais para TV paga funciona de forma idêntica ao primeiro. A definição da dimensão produto deste mercado impede que a dimensão geográfica do mercado relevante seja definida além do território nacional. Como os contratos

⁴⁴ Ver nota n.º 23.

⁴⁵ Deve-se considerar que o ESPN International é adaptado para o Brasil, tendo, portanto, um custo mais elevado. Canais esportivos estrangeiros, não adaptados para o português, provavelmente teriam um custo mais reduzido para as operadoras brasileiras interessadas em distribuí-lo, o que aumentaria a diferença de preços entre um canal esportivo nacional e um estrangeiro acima comentada.

de distribuição dos eventos esportivos nacionais são realizados por país ou região, não há que se falar em possibilidade de substituição dos compradores nacionais por compradores internacionais, tendo em vista que os detentores dos direitos de transmissão não percebem compradores internacionais como substitutos do compradores nacionais, mas sim como complementares. Portanto, a presença de compradores internacionais, interessados em adquirir direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais para distribuição em outros países, não inibe o poder de mercado que poderia ser exercido por compradores nacionais, como a Globosat, por exemplo.

90. Ressalta-se, ainda, que a definição da dimensão geográfica deste mercado restrita ao território nacional guarda respaldo com o entendimento firmado pela Comissão Europeia em suas análises envolvendo este setor. Em resumo, esta autoridade antitruste justifica sua definição pelo fato de que os direitos de eventos esportivos são licenciados, em geral, para um determinado território nacional, independentemente de onde ele vier a ocorrer.⁴⁶ Além disso, há restrições relativas às barreiras lingüística e cultural.

91. Assim, definimos a dimensão geográfica deste mercado de origem como nacional, por todas as razões expostas.

5.1.4 Definição do Mercado Alvo - Dimensão Geográfica

92. Com relação à definição da dimensão geográfica do mercado alvo deste processo, cumpre ressaltar que, sob o ponto de vista da demanda, o consumidor final dos serviços tem seu leque de escolhas limitado por aspectos técnicos e regulatórios. Quanto aos primeiros, as três tecnologias de distribuição de sinais existentes no Brasil (cabo, MMDS e DTH) têm alcance

⁴⁶ Para maiores informações, verificar a definição de mercado relevante geográfico em três casos recentes da Comissão Europeia: case n.º COMP/JV.37 (21/03/2000) – B Sky B/Kirch Pay TV; case n.º COMP/M.2483 (13/11/2001) – Canal+/RTL/GJCD; e case n.º 37.576 (19/04/2001) – *UEFA's broadcasting regulations*.

diferentes. Enquanto o cabo e o MMDS possuem alcance limitado, normalmente um município⁴⁷, as operadoras de DTH possuem alcance nacional. Com relação aos aspectos regulatórios, deve-se salientar que os serviços de TV por assinatura são concessões públicas (no caso do cabo e do MMDS) e permissão pública (no caso do DTH), definidas por licitação. De acordo com a Portaria do Ministério das Comunicações n.º 399, de 18 de agosto de 1997, na qual consta em anexo o planejamento da implantação dos serviços de TV a cabo e de MMDS no país, todas as concessões referem-se, em geral, a municípios.

93. Assim, aplicando-se o teste do monopolista hipotético, percebe-se claramente que o mercado relevante de prestação de serviços de TV por assinatura tem característica local, ou seja, está restrito a menor área de concessão de um prestador desses serviços, ou um município. Isto porque, caso um consumidor residente, por exemplo, em Caldas Novas (GO), o qual tem como opções, atualmente, apenas as operadoras de TV paga no sistema DTH⁴⁸, por algum motivo queira desviar sua demanda por esses serviços, não pode optar por uma operadora de TV paga de Goiânia, por exemplo, pois essa operadora não tem concessão para atuar em Caldas Novas, e também tem limitações técnicas para servir àquela localidade. Segundo dados mais recentes disponibilizados no site da Anatel, apenas 495 municípios no Brasil (8,9% do total) são servidos por operadoras de TV paga via cabo ou MMDS. Estes municípios representam 52,8% da população brasileira (92.319.442), e 54,6% do total de domicílios (28.946.774).⁴⁹ Isto significa que praticamente metade da população brasileira está na mesma situação do consumidor de Caldas Novas, exemplo utilizado por esta Secretaria, ou seja, não teria como desviar sua demanda caso houvesse uma tentativa de exercício de poder de mercado das empresas de TV paga que utilizam a tecnologia DTH, únicas a servir essa população. Sendo assim, não há possibilidade para definir-se, no Brasil, o mercado relevante geográfico dos serviços de TV paga além da área

⁴⁷ No caso do MMDS, por distribuir sinais via microondas, em alguns casos é possível para as operadoras que se utilizam dessa tecnologia atender clientes localizados em municípios próximos de suas sedes.

⁴⁸ Conforme dados disponíveis no site da Anatel (www.anatel.gov.br).

⁴⁹ Dados estatísticos dos serviços de TV por assinatura – março/2003 – Anatel.

de concessão dos serviços de TV por assinatura via cabo ou MMDS. Não há que se falar, tampouco, em possibilidade de substituição pelo lado da oferta, pois a entrada em mercados geográficos distintos demandaria tempo e recursos elevados, o que impede a inclusão de operadoras atuantes em localidades distintas em um mesmo mercado relevante.

94. A definição da dimensão geográfica desse mercado guarda consonância com casos decididos recentemente por autoridades antitrustes internacionais. No caso Echostar/Directv, por exemplo, a divisão antitruste do DOJ (EUA), na definição do mercado relevante geográfico, afirmou que os Estados Unidos possuem numerosos mercados geográficos locais para os serviços de TV por assinatura, sendo que cada um deles consiste de uma comunidade cujos membros possuem as mesmas escolhas competitivas. Assim, o DOJ definiu este mercado relevante como local, pois os consumidores não podem escolher adquirir os serviços de TV por assinatura de operadoras de cabo que servem outras áreas.⁵⁰

95. Tendo em vista todo o exposto, definimos a dimensão geográfica do mercado relevante alvo deste processo como local, entendendo-se como tal as áreas territoriais dos municípios brasileiros.

6. Condições para o Exercício do Poder de Mercado

6.1 Possibilidade de Exercício do Poder de Mercado – Mercados Relevantes de Origem

⁵⁰ Neste parecer, o DOJ afirma, *in verbis*, “...*For ease of analysis, therefore, it is useful to aggregate consumers who face the same competitive choices in MVPD providers, for example by aggregating customers in a county or other jurisdiction served by the same cable system, or by no cable system. Thus, the United States comprises numerous local geographic markets for MVPD service, each consisting of a community whose members face the same competitive choices. In each, customers can choose from either*

6.1.1 Comercialização de canais especializados em programação esportiva nacional para TV por assinatura

96. Tendo em vista a definição deste mercado relevante de origem restringir-se aos canais para TV paga especializados em programação esportiva nacional, há atualmente apenas três canais em distribuição no Brasil com essas características: O Sportv, o ESPN Brasil e o Bandsports. Quanto aos dois primeiros, vale lembrar que a Globosat possui 100% de participação no Sportv, e 25% de participação no ESPN Brasil.⁵¹

97. Na análise do ato de concentração n.º 08012.005864/2000-07 (Globosat/ESPN Brasil), esta Seae, baseada nas informações trazidas aos autos pelas requerentes, considerou que a Globosat possuía, até 2001, a totalidade do mercado de canais especializados em programação esportiva nacional para TV por assinatura. Segundo essas informações, o Sportv possuía 1.986.666 assinantes em 2001, com faturamento bruto de (sigilo); o ESPN Brasil, por sua vez, tinha 2.199.268 assinantes no mesmo período, com faturamento bruto de (sigilo). Estes números conferiam aos dois canais, em 2001, participações no mercado relevante definido de, respectivamente, 63,45% e 36,55%.

98. Entretanto, em maio de 2002, a Bandeirantes lançou um novo canal esportivo com características semelhantes aos canais da Globosat, o Bandsports. Este canal, com distribuição limitada aos concorrentes da Net Brasil, por sua vez, não possui direitos de transmissão de eventos esportivos do mesmo porte dos detidos pela Globosat e pela ESPN Brasil. Conforme informações dadas pela própria Bandsports a esta Secretaria, durante a análise

DTV or DISH...Customers cannot choose to purchase service from a cable operator who does not serve their area."

⁵¹ Com relação ao ESPN Brasil, faz-se mister ressaltar que, na análise do ato de concentração relativo à aquisição, pela Globosat, de participação acionária na ESPN Brasil, esta Secretaria considerou que, apesar de a Globosat ter adquirido posição minoritária nesta última (25%), esta participação confere posição relevante àquela. Sendo assim, consideramos os dois canais (Sportv e ESPN Brasil) pertencentes à Globosat.

do ato de concentração mencionado anteriormente, e também constantes em seu *website* e divulgadas pela imprensa especializada⁵², esse canal foca sua programação em esportes amadores. Em seu site, por exemplo, a Bandsports afirma que “aposta numa filosofia inovadora: incentivar os esportes olímpicos e diversificar a exibição de modalidades”. Dentre esses esportes, destacam-se: boxe nacional, circuito brasileiro de *squash*, campeonato paulista de motovelocidade, circuito brasileiro de tênis juvenil, jiu-jitsu nacional, etc. Outros esportes também transmitidos, como futebol e basquete, limitam-se a reprises de jogos pertencentes ao arquivo da Bandeirantes.⁵³

99. Por ser um canal ainda recente no mercado brasileiro, com penetração limitada pelo desinteresse da Net Brasil em distribuí-lo em suas operações, e também com programação de menor apelo comercial que suas concorrentes diretas, o Bandsports ainda não se configura como um bom substituto do Sportv e do ESPN Brasil. Apesar de esta Secretaria não possuir os dados de mercado do Bandsports para compará-los com os de seus concorrentes, até porque este canal foi lançado recentemente, não havendo estatísticas de 2001, é razoável inferir, por todas as informações anteriores, que sua participação de mercado ainda é reduzida. Assim, tem-se que a Globosat, por meio do Sportv e do ESPN Brasil, possui posição dominante neste mercado relevante de origem definido, com participação próxima a 100%, posição esta reforçada pelo amplo domínio do outro mercado relevante alvo definido, que será comentado a seguir.

6.1.2. Aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais para TV por assinatura

100. Tal como o mercado relevante anterior, o mercado de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais para TV por assinatura, com as subdivisões definidas neste parecer, também encontra-se

⁵² A revista Pay TV, em sua edição n.º 105, de junho/2003, na reportagem intitulada “Canais sintonizam no Pan”, afirmou que “...por não ter estratégia participar da guerra acirrada por direitos de grandes eventos do esporte profissional, o canal da Band Programadora fez dos esportes amadores sua razão de ser no mercado”.

⁵³ Para maiores informações, ver site: <http://www.band.com.br/bandsports/index2.asp>.

bastante concentrado nas mãos da Globosat. Este mercado, anteriormente à aquisição de participação societária na ESPN Brasil pela Globosat, tinha essas duas programadoras disputando os principais direitos de transmissão de eventos esportivos para TV por assinatura no Brasil. Após essa operação, (sigilo). Isso significa que a ESPN Brasil deixou de competir com a Globosat no mercado de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais desde então.^{54 55} ,

101. Como já informado, a Bandsports, única concorrente do Sportv e do ESPN Brasil, não tem como estratégia adquirir direitos de transmissão dos principais eventos esportivos nacionais, entrando em concorrência direta com a Globosat. Assim, tanto no mercado de aquisição de direitos de transmissão de torneios regulares de futebol “nacional” (que se realizam anualmente e com participação de times nacionais) para televisão por assinatura, quanto no de aquisição de direitos de transmissão de outros eventos esportivos para televisão por assinatura, a Globosat detém posição monopsônica, sendo, atualmente, a única adquirente desses direitos no mercado brasileiro de TV por assinatura. Apenas a título de ilustração, apresenta-se, a seguir, os quadros com os direitos de transmissão detidos pelo Sportv e pelo ESPN Brasil (quadro utilizado no parecer Seae n.º 139/02, referente ao AC n.º 08012.005864/2000-07):

**QUADRO 4 – Direitos de transmissão de eventos esportivos
“nacionais” do ESPN Brasil**

(sigilo)

**QUADRO 5 – Direitos de transmissão de eventos esportivos
“nacionais” do Sportv**

(sigilo)

⁵⁴ (sigilo).

⁵⁵ Frise-se, neste ponto, que a Seae recomendou, como uma das condições para a aprovação do referido ato de concentração, que esta cláusula fosse retirada do contrato firmado entre as partes, por ter sido considerada anticoncorrencial.

6.2. Possibilidade de Exercício do Poder de Mercado – Mercado Relevante Alvo

6.2.1 Distribuição de serviços de televisão por assinatura, nas tecnologias cabo, MMDS e DTH

102. Finalmente, quanto ao mercado alvo do presente processo administrativo, há que se ressaltar que, embora esta Seae tenha definido o mercado relevante, em sua dimensão geográfica, como local (área territorial dos municípios), não há a necessidade de definir-se, para a análise em curso, as participações de mercado das operadoras filiadas à Net Brasil em cada um dos mais de 5.500 municípios brasileiros, ou mesmo nos 495 municípios brasileiros que, segundo os mais recentes dados da Anatel, são servidos por operadoras de cabo e/ou MMDS.

103. Esta constatação decorre do fato de que, considerando todas as afiliadas da Net Brasil (operadoras com participação acionária da Net Serviços, afiliadas “independentes” e a Sky), segundo dados divulgados pela ABTA, este “grupo” detinha, no final de 2002, 61% do mercado nacional de TV por assinatura.⁵⁶ Vale mencionar que a Net Brasil está presente em todos os principais municípios do Brasil (em termos de população), como por exemplo nas principais capitais do país, o que reforça sua posição como principal empresa do mercado nacional de TV paga. Poucos municípios do país, a grande maioria de menor expressão em termos de número de assinantes, não são servidos por operadoras da Net Serviços ou afiliadas à Net Brasil.⁵⁷ Considerando, ainda, que a Net Serviços (via cabo ou MMDS), está presente em, no máximo, 495 municípios, ou 54,6% do total de domicílios do Brasil, os mais de 5.000 municípios restantes, ou 45,4% do total de domicílios, são servidos apenas pelos operadores de DTH. Nesta tecnologia, a Sky detém uma participação de mercado de, aproximadamente, 61%, considerando todo o

⁵⁶ Informação disponível no site da ABTA:

(http://www.abta.com.br/publicacoes/midiafatos2002_03.php#004).

⁵⁷ Para maiores informações, ver relação das prestadoras de serviços de TV por assinatura, área de prestação e endereço, no site da Anatel: (http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/tv_assinatura/panorama/rel_panoramacap05.pdf).

território nacional.⁵⁸ Assim, percebe-se que a posição dominante da Net Brasil, seja por meio das operadoras Net Serviços, seja por meio da Sky, reflete-se por todo o país.

104. Tendo em vista a posição dominante da Globosat nos mercados relevantes de origem definidos, bem como de seu grupo econômico no mercado relevante alvo, infere-se a possibilidade de utilização desse poder de mercado em práticas anticoncorrenciais. Entretanto, é necessário verificar se estão presentes, nos mercados relevantes definidos, condições que inibam essa possibilidade de abuso de posição dominante. Assim, passaremos no próximo tópico a analisar alguns fatores que, conforme a teoria antitruste, podem tornar improvável o exercício de poder de mercado de uma empresa com posição dominante em algum setor.

6.3. Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado – Mercados Relevantes de Origem

6.3.1. Comercialização de canais especializados em programação esportiva nacional para TV por assinatura

6.3.1.1 Importações

105. As importações e a possibilidade de importar são fatores que inibem o exercício do poder de mercado. Quanto maior é a participação das importações e/ou a possibilidade de importar, menor é a probabilidade de que o poder de mercado seja exercido.

⁵⁸ Segundo reportagem da revista Pay TV n.º 105, de junho de 2003, intitulada “O labirinto de uma consolidação”, atualmente a Sky detém cerca de 740 mil assinantes, enquanto suas duas maiores concorrentes nesse segmento, a Directv e a TecSat, detêm, respectivamente, 417 mil (número corrigido posteriormente no noticiário on-line da revista) e 60 mil assinantes. Assim, considerando apenas estas três operadoras de DTH como o total do mercado nacional, mesmo porque as outras operadoras de DTH em atividade são muito pequenas comparadas àquelas, a Sky detém cerca de 60,8%, a Directv, 34,2%, e a TecSat, 5%.

106. Contudo, dada a definição de mercado relevante restrita a canais esportivos especializados em programação esportiva nacional, não há que se falar em possibilidade de importação de outros canais esportivos internacionais, pois estes não participam do mercado em questão, não sendo considerados substitutos dos canais Sportv e ESPN Brasil, únicos participantes daquele mercado. Na realidade, não há no resto do mundo canais esportivos especializados em eventos “brasileiros”, também denominados neste parecer como programação “premium”⁵⁹, tais como os canais acima mencionados. Assim, conclui-se que a possibilidade de importação não inibiria a probabilidade de exercício de poder de mercado da Globosat.

6.3.1.2 Efetividade da Rivalidade

107. A efetividade da competição entre os participantes de um setor pode inibir o abuso de poder de mercado por parte de algum deles. Todavia, da mesma forma que no tópico anterior, dada a definição restrita de mercado relevante considerando apenas os canais esportivos de TV paga especializados em programação esportiva “nacional”, a Globosat atua, até a presente data, sozinha neste mercado, não havendo rivais para reduzir sua probabilidade de exercício de poder de mercado. Na realidade, pode-se afirmar que a Globosat, por meio do Sportv e de sua participação no ESPN Brasil, representa o próprio mercado, detendo o monopólio do mesmo.

108. Assim, não há que se falar, neste processo administrativo, de efetividade da rivalidade como uma forma de tornar improvável o exercício de poder de mercado.

⁵⁹ Entende-se, para fins de análise neste parecer, que canais esportivos “premium” referem-se aos canais esportivos, formatados para TV por assinatura, que dedicam parte considerável de sua programação à transmissão de eventos esportivos considerados de grande importância ao público brasileiro, ou seja, que tenham participação de atletas ou equipes nacionais, em especial os torneios de futebol. O Sportv, objeto

6.3.1.3 Condições de Entrada

109. O exercício de poder de mercado também será considerado improvável quando a entrada de uma empresa hipotética no mercado relevante definido for “tempestiva”, “provável” e “suficiente”. Assim, analisaremos a seguir as condições de entrada neste mercado, ou seja, as atitudes que uma empresa hipotética que desejasse entrar no segmento de canais esportivos “nacionais” para TV por assinatura deveria adotar.

110. Para iniciar esta análise, é necessário verificar se o mercado de comercialização de canais esportivos “nacionais” para TV paga é caracterizado por elevadas barreiras à entrada. Caso seja confirmada essa hipótese, a probabilidade de entrada de novas empresas neste mercado ficará reduzida, criando-se um cenário favorável às requerentes para o exercício de seu poder de mercado. Isto deve-se ao fato de que quanto mais elevadas forem as barreiras à entrada, maiores serão as escalas mínimas viáveis necessárias para viabilizar essa entrada e menor será a probabilidade de entrada de novas empresas nesse mercado.

6.3.1.3.1 Barreiras à Entrada

111. Barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem em relação aos agentes econômicos estabelecidos. Os seguintes fatores constituem-se, tradicionalmente, como importantes barreiras à entrada: custos irre recuperáveis (sunk costs)⁶⁰; barreiras legais ou regulatórias; recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; economias de escala e/ou de escopo; o grau de verticalização da “cadeia produtiva”; a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e a ameaça de reação dos competidores instalados.

desta análise, configura-se como um canal esportivo “premium”, considerando a definição estabelecida por esta Secretaria apenas para fins didáticos.

112. Com relação aos custos irrecuperáveis⁶¹, os gastos em publicidade para lançamento e promoção de um canal esportivo “nacional” configuram-se, neste caso, relevantes como barreiras à entrada. Segundo pesquisas realizadas por esta Secretaria durante análise do ato de concentração entre a Globosat e a ESPN Brasil⁶², a Globosat gastou em publicidade e promoção do canal Sportv, de 1998 a 2000, entre (sigilo)% e (sigilo)% do seu faturamento bruto (variando entre R\$ (sigilo) e R\$ (sigilo)). Já o ESPN Brasil gastou nessa rubrica, no mesmo período, entre (sigilo)% e (sigilo)% do seu faturamento bruto (variando entre US\$ (sigilo) e US\$ (sigilo)). Esses investimentos em publicidade são fundamentais para viabilizar a entrada de um novo canal esportivo no país. Os dois canais mencionados, o Sportv e o ESPN Brasil, são marcas bastante conhecidas no mercado brasileiro de TV paga. Para que a entrada de um novo canal esportivo “nacional” no mercado brasileiro de TV paga seja bem sucedida, os novos interessados em entrar neste mercado, em tese, deverão despender gastos expressivos, provavelmente maiores dos que os realizados pela Globosat e pela ESPN Brasil para a “manutenção” de suas marcas. Se o ESPN Brasil, que utiliza uma marca já famosa internacionalmente, a ESPN, já gastou em um ano cerca de US\$ (sigilo) em publicidade e o Sportv, que traz consigo a marca Globo, já gastou mais de R\$ (sigilo), é razoável supor que uma programadora interessada em lançar um novo canal esportivo “nacional” no Brasil gaste mais do que esses montantes. Sendo assim, conclui-se que os investimentos em publicidade, por serem considerados custos irrecuperáveis, configuram-se em barreiras à entrada no mercado em questão, impactando diretamente a escala mínima viável para a entrada neste mercado.

113. Com relação aos recursos de propriedade das empresas instaladas, dos quais são exemplos insumos de produção e exclusividade de uso de rede de distribuidores, algumas importantes barreiras à entrada de

⁶⁰ Custos irrecuperáveis (*sunk costs*) são os custos que não podem ser recuperados quando a empresa decide sair do mercado.

⁶¹ A extensão dos custos irrecuperáveis depende principalmente do grau de especificidade do uso do capital, da existência de mercados para máquinas e equipamentos usados, da existência de mercado para o aluguel de bens de capital, do volume de investimento necessários para garantir a distribuição do produto (gastos com promoção, publicidade e formação da rede de distribuidores).

⁶² Ver nota n.º 31.

novos participantes no mercado em questão, relacionadas a este tópico, devem ser destacadas.

114. Em primeiro lugar, o acesso a conteúdo “premium” para a produção de canais esportivos “nacionais”, insumos essenciais à formatação desses canais, não parece ser amplo e irrestrito, apenas uma mera questão de recursos financeiros, como afirma a Globosat em sua defesa. Em suas palavras, *“cumpro esclarecer que o Sportv não é dono dos direitos de transmissão de jogos de futebol. Qualquer programadora ou operadora concorrente pode oferecer montante maior para os detentores desses direitos e passar (sic) transmitir os jogos do hoje, infelizmente, fraco futebol brasileiro”*.

115. Quanto a essa afirmação da Globosat, realmente qualquer empresa interessada em adquirir direitos de transmissão de eventos esportivos poderia, em tese, participar do “leilão” realizado pelo detentor dos direitos. Todavia, é necessário verificar se a participação “ampla e irrestrita” mostra-se economicamente viável para os eventuais concorrentes da Globosat, mesmo os que possuem maior capacidade financeira, e se há racionalidade econômica nesse investimento. Caso contrário, de nada adiantaria o “acesso irrestrito” aos detentores dos direitos, se essa aquisição não for viável do ponto de vista econômico para a atividade de um canal esportivo “nacional”.

116. Para viabilizar a atividade de um canal esportivo “premium” nos moldes do Sportv e, em menor escala, do ESPN Brasil, é necessário que a programadora responsável por esse canal obtenha distribuição que justifique esse lançamento. Todavia, o grau de concentração do mercado de serviços de TV por assinatura no Brasil, como já visto anteriormente, é bastante elevado, com o Grupo Globo detendo, atualmente, cerca de 61% desse mercado. Em análise do ato de concentração entre a Globosat e o ESPN Brasil, já citado anteriormente, todos os principais participantes do mercado brasileiro de televisão por assinatura consultados pela Seae afirmaram que, dado o poder de distribuição da Net Brasil e o poder econômico das Organizações Globo na aquisição desses direitos, o acesso aos direitos de transmissão de eventos esportivos para TV paga no Brasil é bastante limitado. Alguns concorrentes do

Grupo Globo chegaram a afirmar ser impossível para qualquer operadora competir com a Globo por esses direitos, principalmente os mais relevantes, como os campeonatos nacionais e regionais de futebol. Citando a compra casada pela Globo dos direitos de transmissão de certos eventos esportivos para TV aberta e TV paga, por exemplo, a TVA afirmou, naquela ocasião, *in verbis*, que “...*é totalmente impossível para todas as demais operadoras locais e espalhadas pelo Brasil – ou mesmo para as operações de DTH concorrentes com a Sky – Teccsat e Directv – competir com a forma de negociação desse Grupo, que monopoliza o mercado*”. Na mesma resposta, a TVA afirmou que a principal restrição para se montar um canal esportivo, que tenha condições de competir com os canais Sportv e ESPN Brasil, “*é a falta de direitos sobre eventos esportivos disponíveis para aquisição, pois todos os principais eventos esportivos nacionais estão em poder das Organizações Globo*”. Sobre a atuação da Globo no mercado de aquisição de direitos esportivos, a TVA afirmou que “...*intentou, em 1995, produzir o canal ESPN Brasil, com programação esportiva para TV por assinatura, mas viu-se obrigada a se desfazer do investimento, face o domínio das Organizações Globo, que monopolizava a aquisição dos direitos sobre todos os eventos esportivos relevantes do país, pelo fato de contar com o poder de negociação na compra, advindo do poder de controle dos canais de distribuição nos diversos meios de comunicação eletrônica de massa no Brasil...*” Ainda no mesmo processo, respondendo à mesma pergunta formulada pela Seae a diversos participantes do mercado brasileiro de TV paga, a Directv apontou como principais restrições para se montar um canal esportivo nacional a falta de conteúdo esportivo nacional de relevância e a dificuldade de conseguir distribuição suficiente para viabilizar a entrada do novo canal. A Bandeirantes, que lançou no início de 2002 um canal esportivo nacional para o mercado brasileiro de TV paga (Bandsports), afirmou sobre esta questão que “*além das dificuldades econômicas já descritas (custos elevados dos direitos esportivos), a concentração de canais esportivos por assinatura em um único grupo econômico tornará a disputa por aquisição de direitos ainda mais desigual, visto que tal concentração poderá desequilibrar a já precária estrutura de competição atual do mercado, bloqueando o acesso de modalidades inteiras*”

aos concorrentes, tal como ocorre atualmente com o futebol profissional, com evidente prejuízo para o consumidor”.

117. Como pode-se notar pelas declarações acima, é muito improvável que o acesso aos direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais, principalmente os mais relevantes, seja fácil, como defende as requerentes. A combinação do poder econômico das Organizações Globo na aquisição desses direitos com a dificuldade de acesso a canais de distribuição que compense o lançamento de um novo canal esportivo sugere que o acesso a conteúdo esportivo nacional é bastante limitado no Brasil. O próprio histórico do mercado de canais esportivos “nacionais” demonstra essa dificuldade, pois poucas empresas entraram nesse segmento desde o início do mercado de TV por assinatura no Brasil e, mesmo as que entraram, não conseguiram competir por muito tempo com a Globosat (Sportv).

118. A PSN, que encerrou suas atividades no país em fevereiro de 2002, após dois anos de distribuição, apesar da força que possuía em toda a América Latina, nunca competiu no Brasil com a Globosat e a ESPN Brasil no mercado de aquisição de direitos esportivos nacionais, preferindo se especializar em eventos esportivos “pan-regionais” e internacionais.⁶³ A Fox Sports, que também está presente em toda a América Latina, nunca tentou lançar um canal esportivo no mercado brasileiro de TV paga. Em 2000, esta empresa associou-se à Globosat e à ESPN para lançar um canal esportivo internacional no Brasil, ao invés de lançar seu próprio canal.⁶⁴ Essa tentativa de associação demonstra, de certa forma, a dificuldade de entrada no mercado brasileiro de canais esportivos, mesmo os especializados em programação esportiva internacional, que enfrentam, teoricamente, menos barreiras à entrada do que os especializados em programação esportiva nacional. Os quadros 4 e 5 apresentados neste parecer, os quais demonstram todos os direitos sobre eventos esportivos nacionais detidos pela Globosat e pelo ESPN

⁶³ A PSN, pertencente ao fundo de investimentos Hicks, Muse, Tate & Furst (HMTF), um dos maiores investidores em telecomunicações e mídia da América Latina, tinha como carro-chefe de sua programação no Brasil os direitos de transmissão para TV paga da Taça Libertadores da América, principal competição sul-americana de futebol.

Brasil, confirmam a dificuldade de entrada neste mercado. Nesses quadros estão presentes praticamente todos os eventos esportivos nacionais relevantes, envolvendo os principais esportes nacionais, como futebol, basquete e vôlei, grande parte deles com exclusividade e prazos longos de duração (4-5 anos). Por último, podemos citar como exemplo a própria ESPN Brasil, que até o final de 2000, quando vendeu 25% de seu capital social para a Globosat, era o principal concorrente do Sportv e, após essa operação, não mais competiu com a Globosat pelos principais direitos de transmissão de eventos esportivos “nacionais”; e também a Bandeirantes, que lançou no início de 2002 o Bandsports, canal esportivo com menor atratividade e, portanto, considerado nesta análise como substituto imperfeito do Sportv, sem entrar em competição direta pelos melhores direitos de transmissão com a Globosat.

119. Se o acesso a esses direitos de transmissão, insumos fundamentais para um canal esportivo nacional, fosse realmente fácil, como defende a representada, deveríamos ter atualmente uma variedade maior de empresas competindo por esses direitos, e também mais canais esportivos “nacionais” para TV por assinatura, o que não ocorre hoje e jamais ocorreu no Brasil desde a implantação da TV paga no país.

120. Além desses fatores que contribuem para dificultar o acesso a direitos de transmissão de eventos esportivos “premium”, discutidos nos parágrafos anteriores, configurando-se como uma importante barreira à entrada no mercado de canais esportivos “premium”, outro importante instrumento utilizado pela Globosat em seus contratos torna, na realidade, quase intransponível essa barreira a seus concorrentes tanto no mercado *downstream* quanto no *upstream*: a utilização de cláusulas de renovação “privilegiada”, mais conhecidas pela doutrina internacional como “english clauses”.⁶⁵

⁶⁴ Todavia, no início de 2003 as requerentes desse ato de concentração (08012.005865/2000-43) desistiram da operação, e o processo foi arquivado pelo CADE.

⁶⁵ A Comissão Européia traz em seu site a seguinte definição para *English Clause*: “*contractual agreement in the context of single branding arrangements between a supplier on more favourable terms, unless the “exclusive” supplier accepts to supply the good on the same advantageous conditions. Despite the greater freedom to contract enjoyed by the customer, “English Clauses” tend to increase transparency between competing suppliers and thus facilitate collusion, particularly where such clauses oblige the customer to reveal the name of the alternative source to his “exclusive” supplier. For this*

121. Apenas como exemplo, apresentamos a seguir a cláusula de renegociação “privilegiada”, ou “english clause”, firmada entre a Globosat, o Clube dos Treze, os clubes integrantes do Clube dos Treze e a Confederação Brasileira de Futebol, relativa ao contrato de distribuição do campeonato brasileiro de futebol, temporadas de 2001 a 2005, para televisão por assinatura, *in verbis*:

(sigilo)

122. Como pode-se perceber pela simples leitura da cláusula retromencionada, a aquisição dos direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol, a partir de 2005, por outro concorrente da Globosat, não depende apenas de disponibilidade financeira do interessado e de sua vontade em adquirir esses direitos, mas sim da própria vontade da Globosat. Isto porque, caso essa decida exercer seu direito de renovação, basta empatar a proposta ofertada pelo outro interessado, em um verdadeiro “leilão aberto”. (sigilo). Este tipo de cláusula, na opinião desta Secretaria, distorce a competição no mercado de aquisição de direitos esportivos, reflete diretamente no mercado de canais esportivos, e não permite efetivamente a realocação dos direitos de transmissão no término dos contratos. De fato, a “english clause” pode mesmo ter o efeito de perenizar os direitos de transmissão de determinado evento nas mãos de uma empresa. Vale salientar que, na maioria dos contratos referentes aos direitos de transmissão dos principais eventos esportivos em poder da Globosat, estão incluídas “english clauses”, semelhantes à citada anteriormente.

123. Neste aspecto, vale mencionar a experiência internacional sobre a utilização de “english clauses” no mercado de aquisição de direitos esportivos, especialmente a europeia. A Comissão Europeia considera essas cláusulas anticompetitivas pelo fato de tornar quase impossível a realocação desses recursos após a expiração dos contratos, distorcendo a concorrência. Em

reason, “English Clauses” have to be looked at in the light of the circumstances of the particular case to assess their conformity with competition law.”

recente apresentação em Bruxelas (Bélgica) (15/01/2003), Torben Toft, funcionário da Direção Geral de Concorrência da Comissão Europeia, apresentando o tema “TV Rights of Sports Events”, resumiu a experiência desse órgão em questões envolvendo cláusulas de renovação preferencial. Para isso, citou dois casos em que essas cláusulas foram consideradas anticoncorrenciais, o primeiro envolvendo a operadora inglesa de TV por assinatura BSkyB e a *Premier League* (liga inglesa de futebol), e o segundo envolvendo o *Dutch Sport 7* e a *Dutch Football Association* (associação holandesa de futebol).⁶⁶

124. O acesso a conteúdo é apontado pelas principais agências antitruste internacionais como uma das principais barreiras à entrada no mercado de TV por assinatura, pois essas operadoras necessitam de programação que diferencie seus serviços da TV aberta e, conseqüentemente, atraiam um número adequado de assinantes que justifiquem economicamente seus negócios. Esta posição já foi defendida pela Comissão Europeia em diversos casos de mídia, continuando válida ainda hoje, e também *pelo Federal Trade Commission* no caso *Time Warner / Turner Broadcasting*.⁶⁷

125. Quanto à importância dos custos de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos para a montagem de um canal esportivo nacional, todos os principais participantes do mercado brasileiro de TV por assinatura, em pesquisas anteriores realizadas pela Seae, ratificaram essa

⁶⁶ No referido texto, o autor afirmou que “...*Sometimes joint selling arrangements are garnished with provisions about automatic renewal of the rights contracts or preferential renewal clauses. The Commission considers such provisions to be anti-competitive. We have for example told the Premier League and BSkyB in the past that BSkyB’s right to match the financial terms of the highest bid from any third party, when renewing the agreement, was not acceptable. In the Dutch Sport 7 case a preferential renewal clause was also held to be anti-competitive. The Commission considered that the granting by the Dutch football association of an exclusive license to a new broadcaster, Sport 7, for the duration of seven years was caught by article 81 (1) and could not be exempted as it eliminated competition for the rights for too long a period. In addition, the re-negotiation process foreseen at the end of the contract gave Sport 7 an advantage because it had the right to match the bid of its competitors. This kind of provisions distorts competition and makes a reallocation of the rights at the expiry of the exclusive contract nearly impossible.*”. Texto completo disponível no site: http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_002_en.pdf.

⁶⁷ Na Europa, citamos os seguintes exemplos: Case n.º COMP/JV.37 – B Sky B / Kirch Pay TV, de 21/03/2000; Case n.º COMP/M.2483 – Canal+ / RTL / GJCD / JV, de 13/11/2001; Case n.º COMP/M.2876 – Newscorp/Telepiu, de 02/04/2003; Case n.º COMP/M.2845 – Sogecable/CanalSatelite Digital/Via Digital, de 14/08/2002; e decisão do Tribunal de Defesa de La Competencia da Espanha sobre este último caso, em 11/11/2002 (todos esses pareceres estão disponíveis pela Internet).

tese. Para os concorrentes do Grupo Globo consultados, os custos com aquisição de direitos esportivos são os mais relevantes de um canal esportivo.⁶⁸

126. Os custos de aquisição com direitos esportivos podem ser considerados relevantes inclusive para os canais esportivos da Globosat. Segundo dados fornecidos pela própria e pela ESPN Brasil na análise da aquisição de participação acionária nesta última pela primeira, o ESPN Brasil gastou em direitos esportivos, nos últimos cinco anos, em média (sigilo)% das suas despesas totais, chegando em 1998 a (sigilo)%. Já o Sportv gastou, no mesmo período, cerca de (sigilo)% das suas despesas totais, chegando a (sigilo)% em 2000. Comparando esses gastos com as receitas totais, a ESPN Brasil desembolsou (sigilo)% de suas receitas totais em 1998 com aquisição de direitos esportivos. O Sportv, por sua vez, desembolsou cerca de (sigilo)% de suas receitas em 2000 apenas com essa rubrica. Como pode-se notar pelos números apresentados, não se pode falar que os custos despendidos com direitos de transmissão de eventos esportivos sejam secundários, menos relevantes que outros custos inerentes ao mercado de canais esportivos “nacionais” para TV por assinatura. Aliás, a recente experiência internacional demonstra que os custos com direitos de transmissão de eventos esportivos “premium”, especialmente futebol, e com filmes mais recentes (*first window movies* ou *premium movie rights*), são bastante expressivos para as operadoras de TV paga. No caso Sogecable/ViaDigital, a autoridade antitruste espanhola afirmou em seu parecer que “a soma dos direitos de transmissão de filmes e futebol da Sogecable alcançam 87,3% do seus custos fixos de programação”, sendo configurada como uma importante barreira econômica à entrada de novas empresas no mercado espanhol de TV por assinatura.⁶⁹ No caso Newscorp/Telepiu, a Comissão Europeia apontou que, de 2000 a 2002, os custos médios da Stream (operadora de TV paga da Newscorp) apenas com direitos de futebol representou de 40 a 50% dos seus custos totais.⁷⁰

⁶⁸ Ver nota n.º 31.

⁶⁹ Informação disponível no parecer do Tribunal de Defensa de la Competencia, pg. 109 (<http://www.tdcompetencia.org/>).

⁷⁰ Informação disponível no parecer da Comissão Europeia sobre o caso, pg. 23. (http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2876_en.pdf).

127. Com relação às economias de escala, as mesmas estão diretamente relacionadas ao acesso às plataformas de distribuição da Net Brasil pelos canais esportivos concorrentes dos da Globosat, já discutidas neste parecer. Isto porque estes últimos têm acesso a esses canais de distribuição. Portanto, haja vista a posição dominante do Grupo Globo no mercado de serviços de TV por assinatura, atualmente detendo cerca de 61% do mercado nacional, caso suas operadoras, filiadas à Net Brasil, se recusem a distribuir um canal esportivo concorrente do Sportv, dificilmente este canal encontrará escala suficiente para entrar ou, na melhor das hipóteses, manter-se no mercado por muito tempo. Logicamente, esta afirmação diz respeito ao mercado de canais esportivos “premium”, do qual o Sportv faz parte. A Bandeirantes, no início de 2002, lançou o canal Bandsports, o qual não é distribuído pela Net Brasil. Todavia, conforme será melhor explicado adiante, esse canal não é suficiente para reduzir a probabilidade de exercício de poder de mercado da Globosat no mercado de canais esportivos “premium”, pois o Bandsports não se configura como tal.

128. Ainda relacionado à dificuldade de acesso a canais de distribuição, ressalte-se que o grau de verticalização deste mercado pode ser o responsável por essa barreira. As Organizações Globo estão presentes em todas as “cadeias de produção” do setor de TV paga, desde a aquisição de programação (Globosat) até a formatação de canais para TV paga (Globosat) e a prestação do serviço de TV por assinatura para o cliente final (Net Brasil – Globocabo e Net Sat/Sky). Esta integração, atualmente, beneficia os canais esportivos “nacionais” do grupo, na medida em que novas programadoras interessadas em entrar nesse mercado podem se deparar com custos irrecuperáveis mais altos ou então serem obrigados a entrar em dois mercados ao mesmo tempo (além do mercado de canais, entrarem no mercado de operação de TV por assinatura, a fim de garantirem distribuição suficiente). Tanto o aumento dos custos irrecuperáveis, já comentado, quanto a entrada simultânea em dois mercados, podem ser consideradas barreiras à entrada provenientes do grau de verticalização do mercado.

129. Dos comentário acima, depreende-se haver várias barreiras à entrada de novos canais esportivos “nacionais” no país. As mais relevantes são: (i) custos irrecuperáveis relevantes, relacionados principalmente, mas não somente, a gastos com publicidade e promoção; (ii) acesso aos direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais, dificultado pelas cláusulas de exclusividade existentes nos contratos dos principais eventos adquiridos pela Globosat e pelas “english clauses”; (iii) acordos de exclusividade de distribuição dos canais Globosat entre esta e a Net Brasil, fazendo com que os canais esportivos nacionais concorrentes do Sportv e do ESPN Brasil tenham dificuldade em alcançar uma distribuição mínima que viabilize a sua entrada no país; (iv) o grau de verticalização do mercado de TV paga, com as Organizações Globo participando de todas as etapas da “cadeia de produção” de forma dominante.

6.3.1.3.2 Tempestividade da Entrada

130. A entrada será considerada tempestiva quando existir uma alta probabilidade de ocorrer em um período de tempo igual ou inferior a dois anos. Em pesquisa realizada por esta Seae no ato de concentração entre a Globosat e a ESPN Brasil, ficou constatado que é possível a entrada nesse mercado em um período inferior a dois anos. Todavia, há que se ressaltar que a tempestividade dessa entrada depende, diretamente, da transposição das barreiras comentadas no tópico anterior. Assim, supõe-se que, caso uma empresa consiga vencer essas barreiras, o seu tempo de entrada no mercado brasileiro de canais esportivos “premium”, do planejamento até sua entrada efetiva em operação, deverá ser inferior aos dois anos utilizados como parâmetro para a análise de tempestividade da entrada.

6.3.1.3.3 Probabilidade da entrada

131. A entrada será considerada provável quando as escalas mínimas viáveis forem inferiores às oportunidades de venda no mercado a preços pré-concentração, ou seja, quando o montante mínimo de investimento necessário para o lançamento de um canal esportivo “nacional” no país for inferior à

parcela de mercado potencialmente disponível a uma programadora interessada em entrar nesse mercado, resultando em lucro.⁷¹ Neste caso, a entrada deve ser mais do que mera possibilidade, o que significa que devem existir fortes indícios de que essa entrada será a resposta natural ao exercício de poder de mercado das empresas estabelecidas.

132. Esta análise de probabilidade de entrada já foi efetuada para o ato de concentração entre a Globosat e a ESPN Brasil recentemente, utilizando diversas informações trazidas aos autos por vários participantes do mercado brasileiro de TV por assinatura, e também pelas próprias partes. Naquela ocasião, tendo em vista o tamanho reduzido do mercado de canais esportivos “nacionais”, a definição precisa das escalas mínimas viáveis tornou-se ineqüívoca, dada a carência de dados desse mercado, derivado do seu exíguo número de participantes. Mesmo as estimativas de investimentos mínimos necessários, fornecidas pelas requerentes e algumas concorrentes da Net Brasil, dificultaram o trabalho desta Secretaria, dadas as discrepâncias dos valores apresentados. Todavia, considerando a análise empreendida naquele ato de concentração e as atuais condições de concorrência nesse mercado, verifica-se que há fortes indícios de que a entrada nesse segmento é improvável, como veremos a seguir. Há que se salientar que as condições concorrenciais do mercado brasileiro de canais esportivos “premium” continuam, em 2003, semelhantes às condições da época da análise retromencionada. Assim, por economia processual, utilizaremos neste tópico os mesmos dados utilizados no parecer daquele ato de concentração para a presente análise.⁷²

⁷¹ Escalas Mínimas Viáveis (EMV) eqüivalem ao menor nível de vendas anuais que uma potencial firma interessada em entrar em determinado mercado deverá obter para que seu capital seja “adequadamente” remunerado, ou seja, “à rentabilidade que o volume de recursos investidos na entrada poderia obter em uma aplicação correspondente no mercado financeiro, ajustada ao risco do setor em que se vislumbra a entrada. Oportunidades de vendas, por sua vez, indicam a parcela de mercado potencialmente disponível a possíveis empresas interessadas em entrar em um mercado. Na identificação das oportunidades de vendas devem ser avaliadas: a restrição da produção, derivada do exercício de poder de mercado pelas empresas estabelecidas; a redução da oferta das empresas instaladas como reação à entrada; a capacidade daquelas empresas dispostas a entrar de apropriar-se de parte do mercado das empresas instaladas; e a capacidade de uma nova empresa de capturar uma parcela significativa de crescimento de mercado.

⁷² Ver nota n.º 31.

133. Os montantes mínimos de investimento para a montagem de um canal esportivo “nacional”, apresentados a esta Secretaria pelas requerentes e por alguns concorrentes consultados, foram bastante destoantes. As requerentes estimaram esses investimentos em, aproximadamente, R\$ 11,5 milhões, sendo R\$ 8,4 milhões destinados à aquisição de equipamentos e o restante, R\$ 3,15 milhões, à diversos custos de pré-lançamento. Questionados, posteriormente, por meio de outro ofício acerca dos gastos iniciais com direitos esportivos, as requerentes estimaram um investimento inicial mínimo entre US\$ 3,5 a 5 milhões. A Neo TV e a TVA não apresentaram uma estimativa precisa. Esta última, contudo, informou que durante os quatro anos em que foi sócia do canal ESPN Brasil, investiu mais de R\$ 30 milhões na sua qualidade de detentora de 50% das quotas da ESPN do Brasil Ltda., e que tal sociedade era extremamente deficitária com prejuízos de dezenas de milhões de reais. Complementou sua afirmação, informando que um canal esportivo viável exigiria o investimento de centenas de milhões de reais e a garantia de uma base de distribuição total entre as operadoras de TV paga. A Directv, por sua vez, estimou um investimento mínimo de R\$ 100 a 200 milhões, exemplificando sua estimativa com alguns valores de direitos de transmissão de eventos esportivos.

134. Como se pode notar pelos valores apresentados acima, a definição do investimento mínimo necessário para a entrada no mercado de canais esportivos nacionais é bastante difícil, considerando apenas essas informações. Contudo, as requerentes apresentaram um quadro contendo, de 1997 a 2001, o número de assinantes dos canais ESPN Brasil e Sportv, as receitas totais, as despesas com aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais, as despesas totais, e o resultado líquido do exercício. Analisando esses números, percebe-se que os investimentos dos canais variaram entre R\$ (sigilo) (ESPN Brasil em 1997) e R\$ (sigilo) (Sportv em 2001). Isso nos leva a crer que a estimativa das requerentes para o lançamento de um canal esportivo, próxima a 23 milhões, encontra-se bastante subestimada, tendo em vista que seus canais gastaram bem mais do que esse valor nos últimos anos, sem considerar os custos iniciais de lançamento, principalmente com equipamentos e outros custos fixos.

135. Quanto às oportunidades de vendas neste mercado, estas estão diretamente relacionadas à restrição do acesso a plataformas de distribuição para os canais esportivos nacionais, à capacidade da programadora interessada em entrar de apropriar-se de parte do mercado das empresas instaladas, e à capacidade dessa programadora de capturar uma parcela significativa de crescimento de mercado.

136. Com relação à restrição do acesso a canais de distribuição, ressalta-se a estrutura verticalizada das Organizações Globo, refletindo-se na política de exclusividade de distribuição de certos canais adotada pela Net Brasil e pela Globosat. O principal exemplo é a exclusividade de distribuição concedida pela Globosat à Net Brasil para o Sportv, objeto do presente processo administrativo. Conforme já destacado neste parecer, todos os concorrentes tanto da Globosat e da ESPN Brasil quanto da Net Brasil salientaram que possuir uma distribuição que justifique a entrada de um canal esportivo no país é fundamental. Alguns concorrentes informaram, ainda, que a recusa de distribuição da Net Brasil a qualquer canal pode representar a sua saída ou impossibilitar a sua entrada no país. Realmente, a exclusividade de distribuição dos canais Globosat, garantida contratualmente para a Net Brasil, pode acarretar o desinteresse desta última em distribuir um canal que já possui um similar entre os canais da Globosat. Este pode ser o caso dos canais esportivos nacionais que queiram entrar no país. Como a Globosat já possui dois canais neste segmento, o Sportv e o ESPN Brasil, além dos canais “pay-per-view” *Première Esportes*, seria racional supor que a Net Brasil não se interesse em carregar outro canal esportivo nacional.⁷³ A outra hipótese seria o carregamento desse canal com restrições desfavoráveis à programadora, como sua distribuição como um canal “à la carte”, ou com contratos de exclusividade para determinada tecnologia, tal como acontecia com o canal PSN. Essa provável negativa de distribuição da Net Brasil para uma programadora interessada em lançar um canal esportivo nacional no país, concorrente direto

⁷³ A Net Brasil, por exemplo, não distribui em suas plataformas o canal *Bandnews*, da *Bandeirantes*, tendo em vista que aquela empresa já distribui um canal similar da Globosat, o *Globonews*, e também não distribui o canal *Bandsports*, provavelmente pelo mesmo motivo.

dos canais Globosat, significaria uma importante barreira à entrada neste mercado, talvez a maior delas. Como a Net Brasil detém atualmente cerca de 61% de um mercado restrito a, aproximadamente, 3,5 milhões de assinantes, restaria àquela programadora como canais de distribuição de seu canal esportivo nacional cerca de 1,365 milhão de assinantes, isso conseguindo distribuição total por todas as operadoras concorrentes da Net Brasil, em todos os pacotes de canais. Como pode-se perceber, o acordo de exclusividade entre a Globosat e a Net Brasil pode ser configurado como uma elevada barreira à entrada no mercado em pauta. Em outras palavras, caso a Net Brasil utilize sua posição dominante no mercado de serviços de operação de TV por assinatura, do qual possui uma participação de 63%, negando-se a distribuir um canal de esportes nacionais concorrente do Sportv e do ESPN Brasil, as oportunidades de vendas⁷⁴ desse canal ficarão restritas a cerca de 1,365 milhão de assinantes (39% do mercado total de assinantes), considerando 3,5 milhões o número total de assinantes de TV por assinatura no país atualmente. Neste ponto, vale saientar que, conforme será apresentado mais à frente, (sigilo), o que confirma a tese de que a entrada nesse mercado é improvável, tendo em vista, principalmente, à dificuldade para um entrante obter escala suficiente para viabilizar sua entrada.

137. A capacidade de uma nova programadora de capturar uma parcela significativa do crescimento de mercado de canais esportivos “nacionais” também depende diretamente do acesso aos canais de distribuição. Mesmo que o mercado brasileiro de TV por assinatura cresça nos próximos anos, como a Net Brasil possui 61% desse mercado, e vem mantendo essa posição dominante nos últimos anos, com pequenas variações para mais ou para menos, qualquer programadora que queira entrar no setor de canais esportivos “nacionais” continuará dependendo da distribuição pelas plataformas da Net Brasil para competir, efetivamente, com os canais da Globosat.

⁷⁴ Neste ponto, entenda-se como oportunidade de venda a parcela total do mercado de TV por assinatura disponível para um novo canal esportivo “nacional”, hajam vista as especificidades desse mercado. Um novo canal não se depara, normalmente, com pequenas parcelas de mercado, mas sim com distribuições que atingem grande parte dos assinantes de uma operadora. Isto porque a operadora adquire os direitos de transmissão de um canal para disponibilizá-lo em um de seus pacotes de programação, e não para assinantes individuais (caso dos canais “pay-per-view”).

138. De fato, as oportunidades de venda de uma programadora interessada em entrar nesse mercado podem ser bastante comprometidas pela provável negativa da Net Brasil de distribuir esse canal esportivo “nacional” em suas plataformas, tornando essa entrada improvável. Apenas a título de exemplo, caso fosse comprovada essa negativa, um novo canal esportivo nacional teria hoje, no máximo, cerca de 1,365 milhão de assinantes. Considerando que esse canal esportivo disposto a entrar no mercado brasileiro alcançasse distribuição total entre esses assinantes (o que significa distribuição nos pacotes básicos de todas as operadoras brasileiras não filiadas à Net Brasil, o que não acontece com o ESPN Brasil atualmente⁷⁵), utilizando como parâmetro de remuneração desse canal o valor médio de receita por assinante do canal ESPN Brasil em 2000 (R\$ (sigilo) por assinante/ano), esse novo canal teria uma receita hipotética anual de R\$ (sigilo).⁷⁶ Comparando-se essa receita com as despesas do ESPN Brasil em 2000, R\$ (sigilo), teríamos mais um indício de que essa entrada não seria provável, haja vista que essas despesas representariam quase três vezes a receita máxima que aquele canal poderia alcançar.⁷⁷

139. Com o intuito de demonstrar, mais detalhadamente, a dificuldade de entrada no mercado de canais esportivos “nacionais” para TV por assinatura, apresentamos a seguir os quadros 6 e 7. Nestes quadros, são apresentadas algumas informações financeiras dos canais Sportv e ESPN Brasil, fornecidas pelas requerentes a esta Secretaria na análise do ato de concentração envolvendo essas empresas. Estes dados demonstram a

⁷⁵ A ESPN Brasil detinha, em 2001, uma penetração de, aproximadamente, 62% do universo de assinantes de TV paga no Brasil.

⁷⁶ Segundo informações prestadas pelas requerentes, o ESPN Brasil teve um faturamento bruto em 2000 de R\$ (sigilo), com 2.132.000 de assinantes. Dividindo esse faturamento pelo número de assinantes, chega-se a uma remuneração anual de R\$ (sigilo) por assinante. Multiplicando-se essa remuneração unitária anual por 1,3 milhão de assinantes, chega-se a um faturamento estimado de R\$ (sigilo).

⁷⁷ Mesmo considerando como parâmetro os resultados do Sportv, o faturamento do novo canal seria bem menor do que suas despesas. Todavia, os resultados do ESPN Brasil configuram-se como uma melhor “proxy” para estimar-se o faturamento de um hipotético novo canal esportivo “nacional”, pois o Sportv concentra muitos direitos esportivos nacionais, ao contrário do ESPN Brasil, que gastou em 2000 cinco vezes menos nessa rubrica. Um hipotético novo canal esportivo nacional, dadas as atuais restrições de acesso a direitos esportivos nacionais, já comentadas neste parecer, tenderia a ter uma programação mais próxima do ESPN Brasil.

evolução, nos últimos cinco anos, do número de assinantes de cada canal, suas receitas totais, suas despesas com aquisição de direitos esportivos nacionais, suas despesas totais e os resultados líquidos em cada exercício.

QUADRO 6: Dados financeiros referentes ao canal Sportv

(sigilo)

QUADRO 7: Dados financeiros referentes ao canal ESPN Brasil

(sigilo)

140. Desses dados pode-se inferir a dificuldade de entrada neste mercado com uma distribuição restrita às operadoras concorrentes da Net Brasil. (sigilo)

141. (sigilo)

142. Considerando a provável hipótese de negativa da Net Brasil em distribuir um canal esportivo nacional concorrente dos canais da Globosat⁷⁸, a penetração desse canal ficaria restrita a cerca de 39% do total de assinantes de TV paga no país (aproximadamente 1,365 milhão). Analisando uma possível entrada nesse mercado do ponto de vista do número de assinantes disponíveis a esse novo canal, verifica-se que este teria acesso a um número limitado de assinantes quando comparado aos canais Sportv e ESPN Brasil. Como informado anteriormente, em 2001 o ESPN Brasil detinha uma penetração relativa ao total de assinantes de 62% e o Sportv, 57%. Mesmo com esses índices de penetração, (sigilo). Considerando esses dados, caso um novo canal esportivo “nacional” tivesse disponível apenas 39% do mercado total de TV por assinatura no país, dificilmente conseguiria obter um faturamento semelhante aos de seus concorrentes.⁷⁹ Consequentemente, o resultado

⁷⁸ De certa forma, essa hipótese já foi confirmada pela não distribuição do canal Bandsports pelas filiais da Net Brasil, haja vista que esse canal possui o mesmo gênero de programação que os canais Sportv e ESPN Brasil, apesar de não possuir programação esportiva similar a de seus concorrentes indiretos.

⁷⁹ É importante frisar que os canais de TV por assinatura, em geral, são remunerados a uma taxa mensal unitária por assinante. O faturamento com publicidade, por sua vez, é diretamente proporcional ao universo de pessoas que o mesmo alcance. Em outras palavras, quanto mais relevante e assistido for o

líquido desse canal estaria comprometido, sugerindo que, sob essas condições, sua entrada no mercado em questão não seria lucrativa.⁸⁰ Ainda analisando os quadros apresentados, essa perspectiva de lucro também não é favorável mesmo considerando-se um prazo maior de tempo, (sigilo). Como um entrante não se depararia com as mesmas oportunidades de vendas de seus concorrentes diretos, dificilmente conseguiria justificar seus investimentos mesmo no longo prazo.

143. Analisando a probabilidade de entrada sob o ponto de vista dos faturamentos obtidos pelo Sportv e pelo ESPN Brasil no último ano, também fica clara a dificuldade de acesso a esse mercado. Considerando que o ESPN Brasil detinha 39% do mercado naquele ano (sigilo), é razoável supor que um novo canal esportivo “nacional” devesse capturar uma parcela de mercado superior à do ESPN Brasil para conseguir um resultado líquido positivo, justificando, assim, sua entrada. Todavia, caso esse canal conseguisse capturar uma parcela tão expressiva do mercado (maior que 40%), mesmo com todas as barreiras inerentes ao segmento de canais esportivos “nacionais” já comentadas, o que é improvável atualmente, essa entrada modificaria, em tese, a estrutura de oferta desse mercado, o que resultaria em uma redução nos preços dos outros canais “nacionais”. Esta redução de preços, por sua vez, impactaria negativamente os faturamentos dos canais rivais, exigindo desses e, conseqüentemente, do novo canal, um número maior de assinantes para compensar a perda relativa àquela redução de preços. Como o número de assinantes de TV por assinatura no Brasil ainda é bastante limitado, e os hipotéticos novos canais esportivos “nacionais” teriam acesso a cerca de 39%

canal, maiores serão as possibilidades de sua programadora cobrar valores maiores pelo espaço publicitário desse canal.

⁸⁰ As únicas possibilidades de lucro de um hipotético canal esportivo nacional, dada a restrição da Net Brasil, seriam o aumento do faturamento decorrente de um preço unitário mais alto do que o cobrado por seus concorrentes, ou a redução de suas despesas. Todavia, ambas possibilidades parecer ser improváveis. A primeira é de difícil implementação, pois um canal em lançamento, com restrições de acesso aos eventos esportivos mais relevantes, não conseguiria cobrar das operadoras um preço mensal por assinante maior do que os cobrados pelos canais já consagrados, especialmente o ESPN Brasil, que concorreria diretamente com esse hipotético novo canal pela distribuição nas operadoras concorrentes da Net Brasil. A segunda hipótese também não seria suficiente, haja vista que gastos menores dos que os praticados pelo Sportv e, principalmente, pelo ESPN Brasil, significariam, em tese, uma programação menos atrativa quando comparada à programação daqueles canais. Com uma programação menos atrativa, o preço cobrado por esse canal tenderia a ser menor do que os de seus concorrentes diretos, impactando negativamente seu faturamento.

desse mercado total com o provável desinteresse da Net Brasil em distribuí-los, aqueles não suportariam a redução de preços do mercado, voltando à situação anterior de prejuízo.

144. (sigilo). O histórico do mercado brasileiro de canais esportivos focados em eventos nacionais também reforça a tese de dificuldade de entrada nesse mercado. Como já informado, desde o lançamento dos serviços de TV por assinatura no Brasil apenas os canais Sportv e ESPN Brasil participaram desse mercado. Grandes empresas mundiais especializadas em canais esportivos, como a Fox Sports, com presença em praticamente toda a América Latina, nunca tentaram entrar no segmento de canais esportivos “nacionais”, provavelmente devido às dificuldades em se obter direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais e distribuição suficiente que viabilize o investimento, barreiras já comentadas neste parecer.

145. Apesar da dificuldade encontrada por esta Secretaria para calcular as escalas mínimas viáveis, como se pode inferir de todas as informações anteriores, é pouco provável que uma programadora interessada em entrar no mercado brasileiro de canais esportivos “nacionais” consiga explorar todas as oportunidades de venda possíveis que justifiquem a escala mínima viável para sua entrada. Em outras palavras, é pouco provável que as receitas disponíveis para essa programadora compensem o montante mínimo de investimento necessário para sua entrada.

6.3.1.3.4 Suficiência da Entrada

146. Quando a entrada de uma empresa em determinado mercado for considerada tempestiva e provável, ela será tida, em geral, como suficiente para restringir uma possível utilização do poder de mercado por parte da nova empresa formada.

147. No caso específico, apesar de a entrada de um novo canal esportivo “nacional” ter atendido o critério de tempestividade, não atendeu os critérios de probabilidade.

148. Para que uma entrada seja considerada suficiente para reduzir essa probabilidade, ela deve permitir que todas as oportunidades de vendas sejam adequadamente exploradas pelos possíveis novos canais esportivos “nacionais”. Como discutido no tópico anterior, é possível que esses novos canais se deparem com oportunidades de vendas limitadas, devido à provável negativa da Net Brasil de distribuir, em suas operadoras filiadas, canais esportivos concorrentes dos da Globosat. Em outras palavras, é razoável supor que uma entrada neste mercado, sem a garantia de distribuição pelas operadoras filiadas da Net Brasil, será improvável e, portanto, insuficiente para reduzir a probabilidade de exercício do poder de mercado da Globosat nesse segmento.

149. Portanto, tendo em vista as barreiras à entrada nesse mercado, é improvável que o lançamento de um canal esportivo “premium” no mercado brasileiro de TV por assinatura seja suficiente para reduzir a probabilidade de exercício de poder de mercado da Globosat.

150. Neste tópico, podemos citar como exemplo a entrada do canal esportivo Bandsports, no início de 2002. Um ponto importante a ser destacado relativo à condição de suficiência diz respeito às características do canal Bandsports. Para que esta condição seja satisfeita, é necessário que o novo canal tenha características semelhantes às de seus concorrentes, sob o ponto de vista da demanda, a fim de incrementar o nível de competição existente no mercado e, assim, tornar improvável o exercício de poder das requerentes no setor em questão. Contudo, passado um ano do lançamento desse canal no país, sua entrada não foi suficiente para reduzir a probabilidade de exercício de poder de mercado do Sportv e do ESPN Brasil, exatamente porque seus clientes não o vêem como um substituto adequado desses canais. As barreiras à entrada do mercado de canais esportivos “premium” impedem que o Bandsports, assim como qualquer outro que tente entrar no mercado brasileiro de TV por assinatura, atinjam a condição de suficiência comentada neste tópico, necessária para a redução da probabilidade de exercício de poder de mercado da Globosat.

151. Sendo assim, tendo em vista que há várias barreiras à entrada no mercado brasileiro de canais esportivos “nacionais” para TV por assinatura, indicando que essa entrada não é fácil (tempestiva, provável e suficiente), conclui-se que a Globosat, cuja posição dominante nesse mercado lhe confere possibilidade de exercer seu poder, também possui elevada probabilidade de, efetivamente, abusar de sua posição.

6.3.2 Aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais para TV por assinatura

- **aquisição de direitos de transmissão de torneios regulares de futebol “nacional” - que se realizam anualmente e com participação de times nacionais - para televisão por assinatura; e**
- **aquisição de direitos de transmissão de outros eventos esportivos para televisão por assinatura**

152. Conforme já comentado neste parecer, o mercado de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos “nacionais” para TV por assinatura está diretamente relacionado ao mercado de canais esportivos “nacionais”. Isso significa que, caso o mercado de canais esportivos “nacionais” seja concentrado e tenha elevadas barreiras à entrada, como verificou-se na presente análise, o mercado de aquisição de direitos terá as mesmas características daquele. Em outras palavras, sem canais de distribuição suficientes no mercado de TV por assinatura, é razoável supor que não haverá competidores interessados em adquirir direitos esportivos nacionais para televisão por assinatura. É importante salientar que essa premissa vale tanto para o mercado de aquisição de direitos de transmissão de futebol nacional quanto para o mercado de aquisição de direitos de transmissão de outros eventos esportivos.

153. Baseado nesta constatação, pode-se afirmar que todas as barreiras à entrada no mercado de canais esportivos “nacionais” para TV paga afetam, mesmo que indiretamente, o mercado de aquisição de direitos esportivos nacionais, insumos básicos para a formatação desses canais. Essas

barreiras, por sua vez, tornam difícil a entrada no mercado de aquisição de direitos esportivos nacionais, especialmente considerando as condições de probabilidade e suficiência de entrada, discutidas nos tópicos anteriores.

154. Neste mercado, as principais barreiras à entrada são: a força das Organizações Globo na aquisição de direitos de transmissão de direitos esportivos, utilizando em conjunto seu poder de mercado na TV aberta e na TV paga para negociar com os detentores dos direitos; e os contratos de exclusividade e de longo prazo negociados pela Globo para distribuição em suas plataformas de TV aberta e paga, grande parte com a inclusão de “english clauses”, reflexos de sua posição dominante nesses mercados. Além disso, com já dito anteriormente, a posição dominante do Grupo Globo no mercado downstream (prestação de serviços de TV por assinatura) pode ser considerada uma elevada barreira à entrada no mercado de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos para TV por assinatura, nas suas duas subdivisões acima mencionadas.

155. A compra em conjunto dos direitos de transmissão foi ratificada por alguns dos principais vendedores de direitos de transmissão de eventos esportivos, tanto na análise do ato de concentração entre a Globosat e a ESPN Brasil⁸¹ quanto na presente análise. Em resposta ao Ofício n.º 184/2003, a Federação de Futebol do estado do Rio de Janeiro afirmou, *in verbis*, que “...cumpre informar que os direitos de transmissão do campeonato carioca de futebol são negociados de forma conjunta para as diversas janelas de exibição, muito embora a TV Globo, detentora dos direitos, opte por formalizar o negócio através de contratos distintos: um para TV aberta e outro para TV paga e Pay-per-view...”. O Clube dos Treze, que negocia os direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol, principal evento esportivo do país, afirmou, *in verbis*, que “no caso específico da TV Globo, os direitos para as três janelas são, usualmente, negociados em conjunto pelas equipes da TV Globo e da

⁸¹ Na análise desse ato de concentração, a própria Globosat afirmou a esta Secretaria que procede algumas negociações em conjunto com a TV Globo, embora essas negociações, segundo a mesma, são realizadas por interesse e iniciativa do próprio cedente do direito, como forma de alavancar o seu valor.

Globosat, muito embora os preços para transmissão em cada uma das janelas seja individualizado.”.

156. Vale ressaltar que o poder econômico e o domínio na distribuição em TV aberta e paga já foram considerados, pela Comissão Europeia, como barreiras à entrada no mercado de aquisição de direitos. No caso B Sky B/Kirch Pay TV, o relatório dessa autoridade antitruste mencionou que o poder de compra e a posição dominante no mercado de TV paga da B Sky B e da Kirch poderiam ser consideradas barreiras à entrada no mercado de aquisição de direitos esportivos. Esta preocupação foi salientada por terceiros consultados nesse caso. A mesma preocupação foi levantada por terceiros na *joint venture* entre o Canal+, o grupo RTL e o grupo Jean-Claude Darmon (GJCD), também já mencionada neste parecer.⁸²

157. Finalmente, cabe notar que a exclusividade na contratação dos direitos de transmissão de eventos esportivos também gera uma considerável barreira à entrada, principalmente devido aos altos custos envolvidos nas cláusulas de quebra de contrato. Neste processo, além das cláusulas de exclusividade, reforça essa barreira à entrada a inclusão de “english clauses” nos principais contratos da Globosat que, como já afirmado neste parecer, podem até perenizar a detenção desses direitos em suas mãos.

⁸² No caso B Sky B, foi afirmado que “*By virtue of its dominant position in the pay-TV market, and as indicated by its extensive rights library, Kirch dominates the market for the acquisition of broadcasting rights, in particular for films and sporting events, in Germany. It has long term exclusive agreements with all of the major Hollywood studios and the German rights holders for many major sports.*”. Foi afirmado, ainda, “... *Third parties have expressed the concern that as Kirch is the only buyer of pay-TV rights for Germany the concentration will provide the means and incentive to use this power in related markets, to benefit itself or B Sky B. It is argued that this would take the form of tying the acquisition of German pay-TV rights to those for other broadcasting windows (free to air, internet, pay-per-view) or other territories (the UK, Ireland, Italy) and that their joint resources would allow the parties to outbid other bidders...*”. No caso Canal+/RTL/GJCD, foi afirmado que “...*Third parties raised concerns as to the combination of the powerful position of the parties on the downstream television broadcasting markets and their non negligible position on the upstream sports rights market. According to third parties, the JV may by virtue of its links with Canal+ and RTL be in a unique position to outbid other competitors not only in terms of its access to substantial financial resources but most importantly in terms of its access to the combined pay and free TV distribution platforms of its parents; the JV being used as a vehicle for joint bidding on the market for the acquisition of football broadcasting rights. Consequently, the JV may increase its market power vis-à-vis other sports rights traders which would in turn strengthen Canal +’s dominant position on the pay TV market and the RTL’s non negligible presence on the free TV market*”.

158. Sendo assim, conclui-se que a entrada neste mercado, tal qual no mercado de canais esportivos “nacionais” para TV paga, também não é fácil (tempestiva, provável e suficiente), tendo em vista as altas barreiras à entrada inerentes ao presente mercado.

6.4 Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado – Mercado Relevante Alvo

6.4.1 Distribuição de serviços de televisão por assinatura, nas tecnologias cabo, MMDS e DTH

159. Neste mercado, do qual as Organizações Globo participam por meio das afiliadas da Net Brasil, algumas barreiras à entrada comentadas nos tópicos anteriores também podem ser apontadas como válidas para o mercado relevante alvo definido. Assim, pode-se citar a existência de custos irre recuperáveis derivados, principalmente, de gastos com publicidade, assim como a dificuldade de acesso a conteúdo “premium”. Esta última barreira, inclusive, é apontada pela Direção de Concorrência da Comissão Europeia como uma das mais relevantes no mercado de distribuição de serviços de TV paga. No Brasil, esta barreira configura-se, ainda, mais relevante, pois a exclusividade de programação é um artifício utilizado em grande escala pelas operadoras e programadoras em atividade no país. O grau de verticalização existente no mercado brasileiro de TV por assinatura também reforça essa barreira à entrada, principalmente a integração vertical das Organizações Globo, presentes em todas as etapas da “cadeia de produção” desse segmento.

160. Todavia, há que se destacar a entrada efetiva de alguns concorrentes da Net Brasil, nos últimos anos. Contudo, a grande maioria dessas entradas se deu em localidades específicas, ainda não exploradas por serviços de TV a cabo ou MMDS. De qualquer forma, essas entradas não alteraram, sobremaneira, a configuração do mercado brasileiro de serviços de TV por assinatura nos últimos três anos pois, segundo dados divulgados pela ABTA, desde 2000 o mercado encontra-se praticamente estagnado, próximo a

3,5 milhões de assinantes.⁸³ Assim, podemos afirmar que essas entradas não foram suficientes para reduzir, significativamente, o poder de mercado detido pela Net Brasil em todo o território brasileiro.

161. Por fim, deve-se destacar que, para entrar no mercado brasileiro de TV paga, uma empresa interessada deve participar das licitações promovidas pela Anatel, a fim de adquirir uma concessão para a prestação desses serviços em determinada área. Todavia, nos últimos anos não tem havido crescimento no número de contratos assinados com a Anatel, ou seja, a procura por novas concessões tem-se mantido estagnada, o que reforça a idéia defendida no parágrafo anterior. Apenas como ilustração, em 2001 haviam 419 contratos de concessão assinados; em 2002, esse número foi reduzido para 403 (houve mais desistências do que entradas); e, no primeiro semestre de 2003, houve nova redução, desta vez para 396.⁸⁴

162. Assim, percebe-se que a entrada no mercado brasileiro de TV por assinatura é marcada por diversas barreiras à entrada, e a atual situação desse mercado, reforçada pelo seu histórico dos últimos anos, sugere que uma entrada que possa, efetivamente, inibir a probabilidade de exercício de poder de mercado da Net Brasil é improvável.

163. Tendo em vista todo o exposto nos itens sobre probabilidade de exercício de poder de mercado, tanto nos mercados de origem (canais esportivos “premium” e aquisição de direitos esportivos) quanto no mercado alvo (distribuição de serviços de TV por assinatura), conclui-se que a representada Globosat detém, respectivamente, posição quase monopolista no primeiro mercado relevante de origem e posição monopsônica no segundo. Além disso, as Organizações Globo, por meio das afiliadas Net Brasil, detêm posição dominante no mercado brasileiro de serviços de TV por assinatura, denominado nesta análise de mercado alvo. Estas posições alcançadas pela Globosat e pela Net Brasil são reforçadas, por sua vez, pelas elevadas

⁸³ Informação disponível no site da Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura (ABTA), na publicação “Mídia Fatos 2002/2003”.

⁸⁴ Idem.

barreiras à entrada nos seus respectivos mercados relevantes aqui definidos. Com isso, haja vista a existência dos pressupostos básicos de uma prática vertical para ser considerada nociva à concorrência, ou seja, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante de origem e de potencial efeito sobre parcela substancial do mercado relevante alvo, faz-se necessária uma análise sobre a conduta em questão, utilizando-se o princípio da razoabilidade. Nesta análise, deverão ser ponderados os possíveis benefícios da prática vertical vis-à-vis seus potenciais efeitos anticompetitivos.

7. Análise da conduta

164. Antes de iniciar-se a presente análise, convém destacar que a mesma refere-se a uma conduta vertical, na qual um ofertante de um bem/serviço em um determinado mercado, denominado “mercado de origem”, impõe uma restrição sobre mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva, denominado “mercado alvo”. A prática vertical ora analisada refere-se a uma recusa em negociar, combinada com um acordo de exclusividade.

165. Segundo a resolução do CADE n.º 20, de 09 de junho de 1999, os efeitos anticompetitivos potenciais da recusa de negociação estão relacionados principalmente ao “bloqueio” dos e/ou o aumento das barreiras à entrada nos canais de distribuição ou fornecimento (mercado relevante alvo), incluindo possível aumento de custos dos rivais. Ainda segundo esta resolução, em geral, esta prática é utilizada em conjunto com outras práticas verticais anticompetitivas, tais como acordos de exclusividade.

166. A Lei de Defesa da Concorrência (8.884/94), por sua vez, traz no artigo 20, em seu caput, que “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:...**” (grifos nossos).

167. A Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ), quando da instauração deste processo administrativo, afirmou haver fortes indícios de violações aos princípios dispostos pela Lei n.º 8.884/94. Para tanto, apontou dois incisos do artigo 20 da Lei 8.884/94, bem como vários incisos do artigo 21 da mesma Lei, os quais poderiam estar sendo infringidos pelas representadas. Com relação ao artigo 20, a SDE destacou as seguintes infrações: dominar mercado relevante de bens ou serviços e exercer de forma abusiva posição dominante.

168. Para que essas possíveis infrações sejam caracterizadas nesta análise, é necessário, primeiramente, definir-se posição dominante, poder de mercado e seu respectivo abuso. Quanto à primeira, a própria Lei 8.884/94 traz em seu texto que “ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”. Como parcela substancial, a Lei a define como 20% de um mercado relevante. Assim, pelo exposto no tópico 6 deste parecer, vê-se que a Globosat detém posição dominante nos dois mercados relevantes de origem definidos por esta Seae, assim como a Net Brasil detém posição dominante no mercado relevante alvo. Como relação aos conceitos de poder de mercado e seu abuso, Isabel Vaz os define, *in verbis*, como “...o que é então o poder econômico? É o que resulta da posse dos meios de produção. Quando esses meios de produção, em certos setores da atividade, são dominados por um só indivíduo ou um grupo de indivíduos, são dominados por uma empresa ou grupo de empresas, evitando que outros deles também possam dispor, há abuso do poder econômico”.⁸⁵ Por fim, vale mencionar o conceito de abuso de poder econômico proposto por Sérgio Varella Bruna, *in verbis*: “...tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social

⁸⁵ Trecho extraído do livro “O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício”, de Sérgio Varella Bruna, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001. O trecho citado por Bruna foi extraído,

superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quanto ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quanto a prática não represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica.⁸⁶

169. É importante frisar que o inciso II do artigo 20 da Lei 8.884/94, qual seja, dominar mercado relevante de bens e serviços, não é considerado infração à ordem econômica “per se”, tendo em vista que o parágrafo 2º desse mesmo artigo afirma que “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”. Com relação ao inciso IV da mesma Lei, ou seja, exercer de forma abusiva posição dominante, ressalte-se que o simples fato de uma empresa deter posição dominante em determinado mercado não sujeita todos os seus atos como abusivos. Para haver abuso de posição dominante, é preciso haver prejuízos à concorrência. Em outras palavras, todo abuso de posição dominante implica restrição à livre iniciativa e à livre concorrência. Assim, haverá abuso de posição dominante se este produzir, ou puder produzir, os efeitos descritos no artigo 21, alguns dos quais apontados pela SDE como passíveis de infração à ordem econômica pela conduta ora analisada. Paula Forgioni, citando Machlup, em seu texto “Breves Notas sobre a Posição Dominante e seu Abuso”, acrescenta, *in verbis*, que “em termos de racionalidade da conduta, o exercício abusivo de posição dominante pode servir de várias formas ao agente econômico: (i) reduzindo a participação dos concorrentes no mercado, (ii) impedindo o crescimento dos concorrentes, (iii) em mercados em expansão, impedindo o aumento da participação dos concorrentes, de forma a diminuir sua participação relativa, (iv) coagindo os concorrentes a aceitarem as sinalizações de preço do detentor de posição dominante, abandonando qualquer idéia de guerra de preços, (v) convencendo os concorrentes da irracionalidade da competição e vantagens da

por sua vez, do livro “Direito Econômico da Concorrência”, de Isabel Vaz, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1993.

cooperação, (vi) enfraquecendo os concorrentes de maneira tal que sejam forçados a vender seu controle ou seus ativos, (vii) eliminando os concorrentes do mercado.”⁸⁷

170. Feitas essas considerações iniciais, faz-se necessário verificar se as posições dominantes nos mercados relevantes alvo e de origem definidos por esta Secretaria foram conquistadas em decorrência da maior eficiência, respectivamente, da Globosat e da Net Brasil, em relação aos seus concorrentes. Da mesma forma, deve-se verificar se houve abuso dessas posições dominantes ou, em outras palavras, se os efeitos elencados no artigo 21 da Lei 8.884/94 e apontados pela SDE foram, ou podem ser, alcançados devido a esse abuso.

171. Com relação ao primeiro ponto, a Neo TV acusa as representadas de “leverage”, ou seja, de “alavancarem” o poder de mercado conjunto detido pelas Organizações Globo em todas as janelas de exibição, em especial na TV aberta, para os mercados de aquisição de direitos esportivos mais relevantes, em especial futebol, e de canais esportivos “premium” para TV por assinatura e, conseqüentemente, para o mercado alvo definido pela Seae, qual seja, prestação de serviços de TV por assinatura. Em síntese, a Neo TV acusa a Globo de negociar, de forma conjunta, os principais direitos esportivos com seus detentores, para todas as janelas de exibição. Como os direitos para TV aberta comportam, no Brasil, valores muito superiores aos negociados para TV paga, não há meios de se competir por esses direitos com a Globo. Assim, a Globosat estaria valendo-se do poder econômico da TV Globo, pertencente ao mesmo grupo econômico, para alcançar posição dominante nos dois mercados relevantes de origem definidos e, com exclusividade de distribuição do Sportv para as afiliadas Net Brasil, alavancando seu poder nesses mercados para o segmento “downstream”, qual seja, prestação de serviços de TV por assinatura.

⁸⁶ Trecho extraído do livro “O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício”, de Sérgio Varella Bruna, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

⁸⁷ Trecho extraído do texto “Breves Notas sobre a Posição Dominante e seu Abuso”, de Paula A. Forgioni, publicado no Boletim Latinoamericano de Competencia n.º 3-b, de março de 1998. Neste trecho,

172. Essa aquisição conjunta dos principais direitos de transmissão de eventos esportivos, principalmente os de futebol, pelas Organizações Globo, já foi confirmada pela própria, além de ratificada por duas organizações detentoras de alguns dos principais direitos de transmissão de eventos esportivos no Brasil, o Clube dos Treze e a Federação Carioca de Futebol. Com relação à confirmação da aquisição conjunta pela Globo, fato já descrito neste parecer, em pesquisa realizada por esta Secretaria durante análise do ato de concentração entre a Globosat e a ESPN Brasil, a Globo confirmou que negocia, eventualmente, alguns direitos de transmissão de forma conjunta para todas as janelas de exibição, fazendo a ressalva de que age dessa forma “por interesse e iniciativa do próprio cedente do direito, como forma de alavancar o preço final da venda”.⁸⁸ Com relação às respostas do Clube dos Treze e da Federação Carioca de Futebol, o primeiro afirmou que “... No caso específico da TV Globo, os direitos para as três janelas são, usualmente, negociados em conjunto pelas equipes da TV Globo e da Globosat, muito embora os preços para transmissão em cada uma das janelas seja individualizado”.⁸⁹ A segunda, por sua vez, informou que “...os direitos de transmissão do campeonato carioca de futebol são negociados de forma conjunta para as diversas janelas de exibição, muito embora a TV Globo, detentora dos direitos, opte por formalizar o negócio através de contratos distintos: um para TV aberta e outro para TV paga e Pay-per-View.”.⁹⁰ Por fim, durante negociações para a aquisição dos direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol de 2003, em dezembro de 2002, diversos veículos de comunicação divulgaram números acerca das negociações entre o Clube dos Treze, a Globo e o SBT. Nessas negociações, a proposta da Globo sempre aparecia de forma conjunta para todas as janelas de exibição. Segundo o diário esportivo Lancenet em sua edição de 20/12/2002, Marcelo Campos Pinto, diretor da Globo Esportes, empresa do grupo responsável pela aquisição de direitos esportivos, afirmou que a proposta da Globo era de R\$ 150 milhões fixos e mais uma participação

a autora citou o livro “The political economy of monopoly”, de Fritz Machlup. Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1952.

⁸⁸ Informações constantes do parecer Seae n.º 139/2002, relativo ao ato de concentração n.º 08012.005864/2000-07.

⁸⁹ Informação prestada em resposta ao Ofício n.º 744/2003.

no pay-per-view que poderia chegar a R\$ 40 milhões. Conforme notícia divulgada no site da Agência Estado em 18/12/2002, Marcelo Campos Pinto declarou que a Globo mantinha a proposta apresentada anteriormente: R\$ 130 milhões para transmissões da TV aberta e cerca de R\$ 60 milhões para TV fechada, sendo R\$ 20 milhões deste valor garantido – referente ao Sportv – e uma receita estimada de R\$ 40 milhões pela venda no Pay-Per-View. Ainda reforçando a comprovação de que a Globo pratica a negociação casada para todas as janelas de exibição, vale mencionar notícias divulgadas pelo site Pay-TV News, em 19/12/2002 e 17/01/2003, de que o Sportv seria integrado à estrutura da TV Globo, visando principalmente à redução de custos. Segundo essa reportagem, a maior parte dessa redução pretendida dependeria do sucesso da renegociação dos direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol. Com a efetivação dessa “fusão” entre o Sportv e a TV Globo, certamente a negociação para aquisição de direitos será, daqui para a frente, **oficialmente** para todas as janelas de exibição (TV aberta, paga e pay-per-view).

173. Assim, resta claro, por todas as evidências demonstradas, que a Globosat negocia seus principais direitos de transmissão de eventos esportivos valendo-se da força da TV Globo na TV aberta. Quanto à posição dominante da TV Globo no mercado brasileiro de TV aberta, apesar de esta ser pública e notória, vale reforçar que, segundo informações disponibilizadas no *website* da Globopar, em 2001 a TV Globo alcançou 77% do total das verbas publicitárias investidas na mídia TV aberta, sendo este o seu *market share* no seu segmento de atuação.⁹¹ Posto isto, não se pode argumentar que a posição alcançada pelo Sportv tanto no mercado de aquisição de direitos esportivos quanto no mercado de canais esportivos “premium” tenha sido decorrente, exclusivamente, de sua maior eficiência frente aos seus rivais. Houve e continua havendo, no entendimento desta Secretaria, nitidamente uma alavancagem de poder de mercado detido pela Globo no mercado de TV aberta, no qual os direitos esportivos, no Brasil, ainda representam valores diversas vezes maiores do que os negociados para TV paga (no caso do

⁹⁰ Informação prestada em resposta ao Ofício n.º 184/2003.

⁹¹ Ver http://globopar.globo.com/english/presentation/presenta_files/GP_IR_Presentation_1Q02.ppt.

campeonato brasileiro de 2003, conforme as notícias retromencionadas, os direitos para TV aberta custaram quase 7 vezes mais do que os para TV paga). Com essa negociação conjunta, a Globo torna praticamente impossível a aquisição desses direitos por qualquer programadora ou operadora de TV por assinatura que não tenha participação no mercado brasileiro de TV aberta, pois seu poder de barganha frente aos detentores dos direitos torna-se, graças a esse artifício, imbatível. O próprio histórico do mercado brasileiro de direitos esportivos na TV por assinatura demonstra essa última constatação, pois desde o início dos anos 90 apenas a ESPN Brasil competiu com a Globosat pelos principais direitos esportivos. É bom lembrar que, no final de 2000, a Globosat adquiriu 25% de participação acionária na ESPN Brasil e, com isso, a excluiu, (sigilo), do mercado de aquisição de direitos esportivos para TV paga, (sigilo), adquirindo posição monopsônica nesse mercado.⁹² A partir dessa vantagem competitiva adquirida, conforme entendimento da Seae, com base em critérios outros que não os de eficiência, a Globosat, ao recusar-se a comercializar o canal Sportv com os concorrentes das afiliadas Net Brasil, beneficia essas últimas em seu respectivo mercado de atuação. Temos, assim, a alavancagem do poder de mercado adquirido pela Globosat nos segmentos de aquisição de direitos esportivos e de canais esportivos “premium” para o mercado “downstream”, qual seja, o de prestação de serviços de TV por assinatura. Com isso, a posição dominante alcançada pela Net Brasil (ou pelas operadoras afiliadas), deve-se, além de a outros fatores, também à alavancagem do poder de mercado da Globosat para seu mercado. Contudo, deve-se frisar que não há como afirmar que as posições dominantes alcançadas, tanto pela Globosat quanto da Net Brasil, deveram-se, exclusivamente, à alavancagem do poder de mercado detido em um segmento para outro. Todavia, tendo em vista a relevância da programação esportiva “premium” para o mercado de TV por assinatura, já discutida nesse parecer e que será explorada um pouco mais nos próximos parágrafos, não há dúvidas em se afirmar que essas alavancagens foram decisivas para a conquista das posições dominantes da Globosat e da Net Brasil em seus respectivos mercados.

⁹² Para maiores detalhes acerca do referido ato de concentração, ver parecer Seae n.º 139/2002, relativo ao ato de concentração n.º 08012.005864/2000-07.

174. Após a conclusão de que as posições dominantes das representadas não foram alcançadas exclusivamente pelo critério de eficiência, resta verificar se elas foram utilizadas de forma abusiva, ou seja, se os efeitos elencados no artigo 21 da Lei 8.884/94, notadamente os destacados pela SDE, ocorreram, ou podem ocorrer, em decorrência desse abuso. Como todos esses efeitos estão relacionados, direta ou indiretamente, à relevância do Sportv para as operadoras de TV por assinatura ou, em outras palavras, com a programação esportiva “premium” transmitida com exclusividade por esse canal, é necessário verificar a existência de indícios que demonstrem essa relevância.

175. Conforme já mencionado neste parecer, em consultas realizadas por esta Secretaria aos principais participantes do mercado brasileiro de TV por assinatura, a fim de subsidiar a análise do ato de concentração envolvendo a Globosat e a ESPN Brasil, todos, sem exceção, afirmaram que os canais esportivos (ou programação esportiva) são fundamentais para suas operações.⁹³ Naquela ocasião, todos os concorrentes da Globo (Net Brasil) manifestaram sua preocupação pelo fato de a Globosat, que já comercializava o Sportv com exclusividade para as operadoras do mesmo grupo econômico, estar adquirindo participação acionária no principal concorrente daquele canal, o ESPN Brasil e, assim, também torná-lo exclusivo, o que esvaziaria completamente os “line-ups” das operadoras concorrentes de programação esportiva nacional. Ainda conforme essas operadoras, este fato poderia ser agravado pelo outro ato de concentração realizado concomitantemente ao do ESPN Brasil, envolvendo o canal ESPN International e a empresa Fox Sports.⁹⁴ Neste último ato, a Globosat, a ESPN e a Fox Sports fariam uma *joint-venture* para o lançamento de um canal esportivo especializado em programação esportiva internacional, o qual substituiria o ESPN International. Assim, a Globosat poderia dominar toda a programação esportiva distribuída em TV por

⁹³ Emitiram opinião a respeito dessa operação a Directv, a TVA, a Tec Sat, a Horizon, a Neo TV, dentre outras.

⁹⁴ Frise-se que as requerentes desse ato de concentração, alguns meses após a divulgação do parecer da Seae sobre a operação, desistiram da mesma, e o referido ato foi arquivado pela SDE. Para maiores detalhes sobre a operação, ver parecer Seae n.º 138/2002, ato de concentração n.º 08012.005865/2000-43.

assinatura no Brasil. Esta Seae, em seus pareceres sobre os atos de concentração acima citados, recomendou a aprovação das referidas operações com restrições, sendo a principal delas o compromisso de a Globosat não comercializar o ESPN Brasil e o ESPN Fox Sports com exclusividade, assim como procede com o Sportv, além de outras restrições ligadas a aspectos de exclusividade de programação.

176. Vale ressaltar, também, várias pesquisas apresentadas pelas partes que demonstram, de certa forma, a importância do Sportv para o mercado brasileiro de TV por assinatura. A Neo TV, por exemplo, apresenta uma pesquisa realizada sob encomenda da TVA, com seus assinantes, em dezembro de 2000, pela empresa Meio Ponto Pesquisas de Mercado. Nesta pesquisa, apesar de não haver menção sobre o canal Sportv, já que o mesmo não é distribuído pela TVA, há uma forte menção sobre a relevância dos esportes para os assinantes. Questionados sobre quais canais são mais importantes para a família, os assinantes entrevistados apontaram nos três primeiros lugares o HBO, o HBO 2 e o ESPN Brasil, tendo esse último alcançado a média de 3,7 pontos, numa escala de 1 a 5 (de nada importante a extremamente importante). Em outra pergunta, ao serem questionados sobre o que gostariam de ver na TVA, os entrevistados informaram, em primeiro lugar, filmes e, em segundo lugar, esportes. Vale ressaltar, quanto ao gênero esportes, que dos 50% que o apontaram como um dos preferidos, 23% citaram como mais relevantes o campeonato brasileiro e os regionais de futebol e 6% citaram os “jogos do Guga” (tênis), eventos estes exclusivos do Sportv. Por fim, ainda com relação à essa pesquisa, questionados sobre qual canal gostariam de ter na TVA, o mais votado (com 21%) foi o Sportv. As pesquisas apresentadas pela representada, apesar da interpretação diversa dada em sua defesa, também demonstram a relevância do Sportv quando comparado com outros canais. Conforme pesquisa do Datafolha, realizada em março de 2001, o canal Sportv aparece em segundo lugar (7%), dentre os canais oferecidos, que foram considerados como uma das principais razões pelas quais os “assinantes” optaram pela Sky. Vale salientar que o primeiro lugar foi o Telecine (8%). Em outra pesquisa, realizada pelo IBOPE Mídia em novembro de 2000, os entrevistados foram questionados sobre os três canais que eram

considerados fundamentais para a manutenção de seu contrato com a operadora. O primeiro foi o Telecine, com 30%; o segundo, Discovery, com 25%; e o terceiro, o Sportv, com 20%. Finalmente, questionados sobre qual canal não recebem, mas gostariam de receber, 6% responderam a HBO; 5%, o Telecine; e 2%, o Sportv.

177. É importante frisar que nenhuma das partes apresentou a metodologia adotada pelos três institutos de pesquisa, o que dificultou uma análise mais detalhada desta Secretaria acerca de seus resultados. Contudo, resta evidente a esta Seae que todas indicam, pelo menos, os gêneros filmes e esportes como os principais decisores para a aquisição dos serviços de TV por assinatura. Certamente esses dois gêneros não são os únicos fatores de decisão, embora sejam os mais relevantes. Focando no caso em questão, enquanto há uma certa concorrência entre os canais de filmes, inclusive com a utilização da prática da exclusividade pela grande maioria das operadoras em atividade no país⁹⁵, os canais esportivos e, principalmente, a programação esportiva definida neste parecer como “premium”, encontra-se quase totalmente concentrada nas mãos da Globosat, que a utiliza no Sportv e também em seus canais pay-per-view (Premiere Esportes). Assim, não há como se afirmar que a política de exclusividade adotada pela Globosat, com relação ao Sportv, não gere certo desequilíbrio concorrencial e, em última instância, prejuízos ao consumidor final dos serviços de TV paga no Brasil, tanto atuais quanto potenciais.

178. A relevância dos gêneros filmes e esportes, confirmada por todos os participantes do mercado brasileiro de TV por assinatura consultados por esta Seae, e pelas pesquisas de opinião acima comentadas, também é reconhecida por outros órgãos antitruste internacionais, como o FTC e a Direção de Concorrência da Comissão Européia. Quanto a esta última, diversas decisões sobre o mercado de TV por assinatura, bem como alguns

⁹⁵ Os dois principais canais de filmes distribuídos no país, o Telecine e o HBO (e suas subdivisões), são considerados substitutos perfeitos. Assim, a exclusividade desses canais, em linhas gerais, não impacta a competição no mercado brasileiro de TV por assinatura, embora essa exclusividade atinja alguns players do sistema de DTH. Como exemplo, podemos citar a Tec Sat, que não distribui nenhum dos dois canais

trabalhos sobre o assunto, apontaram filmes e esportes como fundamentais para a manutenção da competitividade das operadoras nesse segmento, definindo-os como “pay-TV drivers”. Quanto ao FTC, a tese dos “canais essenciais” também já foi apresentada em casos recentes, como veremos a seguir.

179. Com relação à experiência da Comissão Europeia, a definição dos segmentos filmes e esportes como “pay TV drivers”, ou seja, orientadores da escolha de determinada operadora pelo consumidor, já está consolidada. Apenas como exemplo, citamos os dois casos mais recentes no mercado de TV por assinatura analisados por essa agência, quais sejam, Telepiú / News Corp. e Sogecable / Via Digital. No primeiro caso, ocorrido na Itália, cuja decisão pela Comissão Europeia data de 02/04/2003, consta do parecer que “...Em particular, direitos a filmes “premium” recentes e a maioria dos eventos de futebol regulares, do qual os times nacionais participam (por exemplo, a liga italiana), tendem a ser adquiridos em uma base exclusiva por operadoras de TV paga, e constituem o fator essencial (os “drivers”) que direcionam os consumidores a assinarem um determinado canal ou plataforma (operadora) de TV paga.”⁹⁶ No segundo caso, ocorrido na Espanha e decidido em última instância pela autoridade antitruste espanhola, em novembro de 2002, após consulta à Comissão Europeia, foi ratificada a idéia citada anteriormente, ou seja, filmes “premium” e esportes (em especial futebol) são fundamentais para a atração de assinantes para as operadoras de TV por assinatura.⁹⁷

de filmes acima citados, pois a Sky tem exclusividade em DTH para o Telecine e a Directv tem a mesma exclusividade com relação ao HBO.

⁹⁶ Tradução livre o seguinte trecho, constante do parágrafo 54 do referido parecer, que se encontra disponível no site da Comissão Europeia: “In particular, rights to recent premium filmes and most regular football events where national teams participate (namely the Italian league) tend to be acquired on an exclusive basis by pay-TV operators and constitute the essential factor (the “drivers”) that leads consumers to subscribe to a particular pay-TV channel / platform.”

⁹⁷ O *Tribunal de Defensa de la Competencia*, no item 5.3.1. de seu informe sobre a fusão entre a Sogecable e a Via Digital, afirmou, *in verbis*, “Las televisiones de pago deben ofrecer a los telespectadores una programación atractiva y variada para lograr que éstos estén dispuestos a suscribirse y pagar la cuota de abono correspondiente. Esta circunstancia obliga a las televisiones de pago a ofertar un número de canales amplio y diverso, así como a adquirir derechos de retransmisión de contenidos que el espectador español considere especialmente atractivos, como son los acontecimientos deportivos y el cine de estreno. Estos contenidos *premium* actúan de “gancho” de la televisión de pago.”

180. Além desses casos, há uma série enorme de textos publicados por autores europeus sobre o tema, e todos sinalizam a relevância dos segmentos filmes “premium” e esportes (em especial, futebol) para o mercado de TV por assinatura. Dentre os mais relevantes, todos disponíveis na Internet, destacamos os seguintes: “Sports and Competition: Broadcasting Rights of Sports Events”, (26/02/2002) de Alexander Schaub; “Vertical and horizontal integration in the media sector and EU competition law” (07/04/2003) e “Recent Consolidation in the European pay-TV sector” (publicado na *Competition Policy Newsletter n.º 2 – summer 2003*), ambos de Miguel Mendes Pereira; e “Algunas consideraciones sobre el derecho de la competencia y la retransmisión de acontecimientos deportivos”, de Luis Berenguer Fuster.⁹⁸

181. Além da vasta experiência europeia em questões antitrustes no mercado de mídia e, mais especificamente, no mercado de televisão por assinatura, vale também mencionar experiência recente do Federal Trade Commission (FTC) na fusão da Time Warner e da Turner Broadcasting. Em sua decisão, que aprovou a fusão com restrições, incluindo algumas referentes ao mercado de programação, o FTC ressaltou a importância de determinados canais para o sucesso das operadoras de TV paga. Dentre esses canais, citou nominalmente o HBO e o ESPN, que representam, respectivamente, um canal de filmes “premium” e um canal de esportes, canais estes entre os mais relevantes do mercado norte-americano de TV por assinatura.

182. Atualmente, as operações e condutas relacionadas aos mercados de mídia vêm ganhando destaque nas diversas agências antitruste em todo o mundo. Em maio deste ano, foi realizada uma mesa-redonda sobre fusões em mídia (*roundtable on media mergers*), na sede da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), em Paris, na qual diversos países membros, além de outros convidados, expuseram suas experiências nesse campo. O mercado de TV por assinatura foi um dos destaques das apresentações, haja vista o número crescente de operações e acusações de

⁹⁸ Para mais textos sobre questões antitrustes no mercado de TV por assinatura, ver documento elaborado pela Direção Geral de Concorrência da Comissão Europeia, denominada “*EU Competition Policy in the Media Sector – Commission Decisions – Compilation 2002*”, disponível no seu site.

condutas anticompetitivas nesse setor em todo o mundo. A delegação brasileira, uma das participantes desse encontro, apresentou sua recente experiência nesse mercado. Além do Brasil, a Comissão Europeia também comentou a recente consolidação que o setor vem experimentando, naquele continente, nos últimos anos, com destaque para as operações já comentadas neste parecer. Outros países também apresentaram suas experiências em análises antitruste no mercado de TV por assinatura, dentre eles a Austrália, sobre a qual vale um breve comentário. A agência antitruste australiana (ACCC)⁹⁹, analisando um acordo entre a Foxtel e a Optus, respectivamente, a primeira e a terceira maior operadoras de TV por assinatura do país, objetivando principalmente o compartilhamento de seus conteúdos, em especial esportes e filmes, concluiu que o mesmo seria prejudicial à concorrência em alguns mercados. As principais preocupações da agência residiam nos mercados de aquisição de conteúdo e de prestação de serviços de TV por assinatura, além do possível impacto negativo na escolha dos consumidores. Este acordo, cuja análise pela agência antitruste australiana guarda bastante semelhança com análises efetuadas pela Comissão Europeia e pelas agências antitruste norte-americanas (FTC e DOJ), tem como destaque a utilização de algumas teorias para explicar as preocupações de ordem concorrencial levantadas. Dentre essas teorias, destacam-se as seguintes: “first mover advantages”, “downward spirals” e “virtuous circles”. Em resumo, essas três teorias estão ligadas ao fato de que um número expressivo de assinantes (elevado market share) confere a uma operadora uma importante vantagem para negociar conteúdo exclusivo, tendo em vista um maior poder de barganha. De posse desse conteúdo exclusivo, essa operadora tem uma maior probabilidade de captar mais assinantes para a sua rede, formando, assim, um “círculo virtuoso”. Um mercado com essas características, na opinião da ACCC, favoreceria cada vez mais a firma dominante, em detrimento do seu desenvolvimento. Ainda segundo essa agência, existe uma forte conexão entre participação de mercado e habilidade em adquirir boa programação. Isto porque, se uma operadora consegue assegurar o direito de distribuir conteúdo “premium”, ela ganha capacidade para atrair um número maior de assinantes.

⁹⁹ Australian Competition and Consumer Commission (ACCC).

A ACCC, da mesma forma que outras agências internacionais antitruste, também considera esportes e filmes como programação-chave para atrair assinantes na Austrália. Considera, ainda, que o desenvolvimento da competição no mercado de TV por assinatura, assim como em outros mercados de telecomunicação, tem sido impedido pelo controle do conteúdo para TV paga. Por fim, a ACCC afirmou que se preocupa, particularmente, com o uso de contratos de exclusividade ou mesmo integração vertical no mercado de programação com o intuito de impedir a competição no mercado à jusante (downstream), qual seja, o explorado pelas operadoras de TV paga, pela recusa em comercializar programação-chave para TV por assinatura com novos entrantes, programação esta necessária pra viabilizar sua entrada no mercado.¹⁰⁰,¹⁰¹

183. Ainda com relação à importância do canal Sportv, ou mais precisamente, de sua programação esportiva “Premium”, para o mercado brasileiro de TV por assinatura, a própria propaganda da Net Brasil e da Sky, sempre destacando o caráter exclusivo de suas transmissões esportivas, denota essa relevância. Todo o marketing realizado por essas operadoras ratifica a tese defendida neste parecer, ou seja, a caracterização da programação esportiva “Premium” como um “direcionador de assinaturas” (pay TV driver). Neste ponto, há que se ressaltar, novamente, que essa tese guarda

¹⁰⁰ Informações relativas ao processo Foxtel/Optus retirados do site da ACCC (www.accc.gov.au) e também da contribuição escrita da delegação australiana para a “Roundtable on media mergers” realizada em maio deste ano, na sede da OCDE, em Paris-França.

¹⁰¹ Na contribuição para a *Roundtable* retromencionada, a ACCC afirmou, in verbis, que “*The Commission has recognised the implications of the creation of a virtuous circle in its consideration of a number of matters related to the pay TV industry. The acquisition of a significant market share (i.e. subscribers) can deliver a significant competitive advantage to a pay TV operator when negotiating for supply of programming – not only in relation to the terms and conditions applying to the acquisition/supply but such that content suppliers may be prepared to grant exclusive rights to a significantly large or dominant operator. Sometimes a premium may apply to the grant of exclusivity, but on other occasions the supplier may simply be prepared to grant exclusivity or otherwise chooses not to supply the smaller competitors in order to avoid the transactions costs and resourcing requirements associated with administering smaller contracts. The Commission has particular concerns about the use of exclusive contracts or vertical integrations in programming to hinder or foreclose competition in downstream pay TV markets by denying access to the key pay TV programming which a new entrant needs in order to viably enter the market or related markets...The Productivity Commission considers that the development of competition in the pay TV market and in some telecommunications markets has been hindered by the control of pay TV content...There is a strong link between market share and the ability to acquire good programming. If a pay TV operator is able to secure the rights to distribute premium content, it gains the capability to attract a large number of subscribers to its pay TV service. Sports and movie channels are generally recognised as the drivers of pay TV subscriptions in Australia.*”

respaldo na experiência internacional sobre o tema, conforme já amplamente explorado neste parecer.

184. Por fim, ainda com relação a esse tema, pode-se utilizar como um bom indicador da relevância da programação esportiva “Premium”, o sucesso crescente das vendas dos pacotes dos principais campeonatos estaduais e, principalmente, o campeonato brasileiro de futebol, pelo sistema *pay-per-view*. Segundo notícias veiculadas no *website Pay-TV News*, essas vendas vêm crescendo ano a ano. Conforme notícia de 26/03/2003, intitulada “Sky cresce, mas dólar força maior prejuízo”, somente a Sky vendeu, em 2002, 134 mil pacotes do campeonato brasileiro (vendidos a R\$ 173,00), mais 55 mil jogos avulsos (vendidos a R\$ 36,00), o que significa uma penetração (*buy rate*) em sua base de assinantes (em 2002, 732 mil) de 23%. No primeiro semestre de 2003, segundo notícia de 01º/08, intitulada “Sky tem crescimento de 3% no segundo trimestre”, esta operadora já vendeu mais pacotes do campeonato brasileiro do que em todo ano passado, chegando a 140 mil, mesmo a um preço superior (R\$ 270,00 no início do campeonato).¹⁰² Analisando esses números, percebe-se a extrema importância que o assinante Net Brasil (no caso específico, o da Sky) dá à programação esportiva “Premium” ofertada por sua operadora. Isto porque, além de pagar uma elevada taxa mensal de assinatura (atualmente por volta de R\$ 100,00 os pacotes mais completos) para ter acesso ao canal Sportv, único a transmitir alguns jogos do campeonato brasileiro de futebol, e de ter acesso a alguns jogos desse campeonato pela TV aberta (Rede Globo e Record), ainda se dispõe a pagar outra taxa, também alta, pelo pacote do campeonato brasileiro de futebol. A propensão desses assinantes a pagar duas vezes (assinatura e *pay-per-view*), e que no ano passado representou 23% da base de assinantes da Sky, indica claramente o caráter complementar dessas mídias, e mais ainda a importância da exclusividade garantida pela Globosat às operadoras Net Brasil.

¹⁰² Ressalte-se que o campeonato brasileiro de 2003, devido a sua nova concepção, disputado por pontos corridos, de março a dezembro, tem mais jogos do que o de 2002, o que explica, ao menos em parte, o aumento do preço cobrado pelo pacote *pay-per-view* pelas operadoras Net Brasil.

185. É importante frisar que a exploração de cada vez mais jogos pelo sistema pay-per-view e, conseqüentemente, menos no canal Sportv e na TV aberta, tende a aumentar. Este fenômeno vem acontecendo nos últimos três anos e, segundo notícias veiculadas pela imprensa especializada, deve continuar progressivamente até 2005. Segundo notícia da Pay TV News, de 25/08/2003, intitulada “Pela primeira vez, clubes faturarão com sucesso do PPV”, conforme acerto das detentoras dos direitos sobre o campeonato brasileiro de futebol com os clubes, a TV aberta transmitirá cada vez menos jogos até 2005. Ainda com relação a este tema, em entrevista à revista Pay TV n.º 104, de maio de 2003, Alberto Pecegueiro, diretor geral da Globosat, afirmou, conforme a referida revista, que, neste ano, “o campeonato brasileiro está com menos jogos na TV aberta em privilégio das janelas de TV paga”. Respondendo a pergunta “*Mas isso foi por conta da TV paga ou por que não havia espaço para tanto jogo na TV aberta?*”, Pecegueiro afirmou, *in verbis*, “*Foi por conta da TV paga. Aumentou a oferta exclusiva do pay-per-view. Isso aconteceu porque houve uma visão conjunta da TV Globo, dos clubes e da TV paga de que esse era o melhor caminho. Mas isso definitivamente demonstra que não é o fato de o SporTV ir para a TV Globo que fará com que a TV seja privilegiada. A Globo trabalhou em 2002 com dez jogos do Campeonato Brasileiro por semana, sendo dois jogos em cinco praças. Agora, está com quatro jogos, em duas praças. Isso fez com que em três semanas do Brasileiro já estejamos com mais de 150 mil vendas do pay-per-view do Campeonato enquanto no ano passado todo tivemos 230 mil (leia texto à pág. 18). A audiência do pay-per-view não é medida, mas a do SporTV vai muito bem. E a TV Globo descolou o jogo dela do horário que a gente exibe no SporTV; assim não há conflito. O jogo da TV aberta de domingo é às 16h, e os jogos da TV paga passam às 18h.*”. Certamente essa estratégia de “fortalecer” as transmissões de eventos esportivos relevantes, como o campeonato brasileiro de futebol, via sistema pay-per-view, interessa à Globosat, aos clubes e às operadoras de TV paga que detêm a exclusividade de sua transmissão. Todavia, é claro que essa estratégia não interessa ao consumidor final desses produtos, que há alguns anos tinha acesso a eles gratuitamente e, com o advento da TV paga, passou a pagar uma mensalidade para ter acesso a mais alguns jogos e, com a criação do sistema pay-per-view, teve que pagar mais

uma taxa para acessar mais alguns jogos. Se, por um lado, o consumidor final obteve mais opções de jogos com essas novas tecnologias, por outro, a política de exclusividade adotada pela Globosat mina suas opções de escolha sobre qual operadora de TV paga assinar e, mais grave, não o deixa escolher quanto pagar por mais essa comodidade, já que está preso apenas a uma opção. Caso não houvesse essa política de exclusividade de programação esportiva “premium”, por parte da Globosat, certamente o consumidor teria mais opções de escolha e, muito provavelmente, a um preço menor, em especial na opção pay-per-view.

186. Assim, percebe-se que a relevância dos canais esportivos pode ser constatada de várias fontes, tais como as mencionadas anteriormente neste parecer. No caso em questão, a grande quantidade de eventos esportivos “premium” transmitidos pelo Sportv reforça ainda mais sua importância para o mercado brasileiro de TV por assinatura, classificando-o como um “direcionador de assinaturas”, ou “pay-TV driver”.

187. Ainda com relação a esse assunto, ressalte-se que não há meios possíveis para se avaliar o impacto da ausência do canal Sportv nos “line-ups” das operadoras concorrentes da Net Brasil, isto é, isolar a variável Sportv de outras variáveis que impactam, direta ou indiretamente, a demanda pelos serviços ofertados pelas operadoras de TV por assinatura. Este impedimento se deve, basicamente, por dois fatores: (i) pelo próprio modelo de negócios implantado pelas Organizações Globo para sua atuação no mercado de TV por assinatura, pois as operadoras Net Brasil compram pacotes de canais por meio desta última, alguns com exclusividade, como é o caso do Sportv; e (ii) o consumidor final não adquire canais avulsos, mas sim pacotes de canais, previamente montados pelas operadoras, juntamente a um pacote de serviços (aqui entendidos como tecnologia, facilidades, promoções, etc.). Assim, como o Sportv é um canal exclusivo das operadoras Net Brasil, não há como se avaliar, quantitativamente, a magnitude do impacto de sua ausência nos “line ups” das operadoras concorrentes. Da mesma forma, como esse canal é vendido, pela Globosat, dentro de um pacote de canais, tanto para as operadoras Net Brasil quanto destas para o consumidor final, não há como se

quantificar o impacto, do Sportv de forma isolada, na demanda pelos serviços das operadoras de TV paga que não o distribuem devido à política de exclusividade.

188. Contudo, o fato de não haver meios plausíveis para se demonstrar, de forma quantitativa, que a falta do Sportv impacta negativamente a demanda pelos serviços ofertados pelas operadoras de TV paga, não impede esta Secretaria de afirmar que, após toda a extensa análise qualitativa apresentada nos parágrafos anteriores, a exclusividade do canal Sportv e, em especial, de sua programação esportiva “premium”, afeta de forma negativa a competitividade dos concorrentes da Net Brasil e, o mais relevante para esta análise, o próprio ambiente concorrencial do setor que, em última instância, significa perda de bem-estar para o consumidor final. Também não é razoável a afirmação de que, se as operadoras concorrentes da Net Brasil estão crescendo sua base de assinantes, então o Sportv e sua programação não são essenciais à sua competitividade. Como dito no último parágrafo, existem outros fatores que impactam a demanda pelos serviços ofertados pelas operadoras de TV por assinatura, alguns certamente até mais relevantes, como o preço final desses serviços, por exemplo. É possível que o canal Sportv (sua exclusividade) possa não ser um fator de exclusão do mercado; todavia, todos os indícios trabalhados neste parecer, inclusive a vasta experiência internacional sobre o tema, indicam que ele pode servir para o propósito de “garantir” o domínio de mercado e de evitar que outros concorrentes consigam se expandir no mercado. Da mesma forma, a política de exclusividade do Sportv também pode ser utilizada para elevar as barreiras à entrada para novas operadoras, para que estas não consigam se apossar de parcela substancial do mercado caso decidam pela entrada, ou então forçá-las a aderirem ao modelo de negócios da Net Brasil, afiliando-se a esta última. Esta caracterização do Sportv e sua programação “premium” como fator de desequilíbrio concorrencial é muito relevante para o presente caso, pois demonstra que a política de exclusividade adotada pelas Organizações Globo no mercado de TV paga caracteriza-se como uma conduta anticoncorrencial, pois estaria violando os artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94, mais precisamente os incisos I, II e IV do artigo 20, e incisos IV, V e VI do artigo 21. Apenas

lembrando, ao contrário do que a representada repetiu diversas vezes em sua defesa, não é necessário a comprovação de que a exclusividade do Sportv estaria excluindo concorrentes da Net Brasil de seu mercado de atuação para a caracterização dessa conduta como anticompetitiva. O caput do artigo 20 da Lei de Defesa da Concorrência é claro no sentido de afirmar que qualquer ato que objetive ou que possa produzir os efeitos elencados nos incisos I a IV, *ainda que não sejam alcançados*, constituem infração à ordem econômica.

189. Sendo assim, esta Secretaria acha desnecessária a configuração do Sportv e de sua programação “premium” como uma *essential facility*, tendo em vista que a caracterização de uma conduta anticoncorrencial, por parte da Globosat, não depende diretamente dessa definição. Na realidade, a doutrina da *essential facility* é uma espécie de “subdivisão” da conduta denominada “recusa em negociar”, ou seja, um caso especial de abuso de posição dominante relacionado àquela recusa. Todavia, como já comentado nesse parecer, o abuso de posição dominante da Globosat, bem como sua tentativa de alavancar seu poder de mercado de um segmento para outro, já configuram atitudes anticoncorrenciais, e as duas estão diretamente relacionadas à política de exclusividade do Sportv. Além disso, a aplicação da teoria da *essential facility* ainda não está consolidada pelas agências antitruste nem pela literatura especializada, pois os critérios utilizados para a sua caracterização são de difícil identificação, assim como seus resultados são conflitantes.¹⁰³

190. A Comissão Européia aponta três critérios para a aplicação da doutrina da *essential facility*: (i) A facilidade, uma infra-estrutura ou esta em combinação com serviços, deve ser complementar a uma atividade econômica em um relacionado, embora separado, mercado. Bens e propriedade imaterial devem, somente em casos excepcionais, ser considerados facilidades essenciais; (ii) a ausência de uma habilidade efetiva de as firmas concorrentes duplicarem a facilidade; (iii) o acesso à facilidade deve ser necessário para uma firma competir em determinado mercado. Estes critérios, por sua vez,

¹⁰³ Bergman, Mats A., em seu artigo “The role of the essential facility doctrine”, publicado no *Antitrust Bulletin*, New York, Summer 2001, afirma que um dos prováveis efeitos negativos da aplicação dessa doutrina é o desincentivo a investimentos.

sintetizam os formulados, originalmente, pela doutrina norte-americana, onde foi utilizada, pela primeira vez, a teoria da *essential facility*. Com relação ao presente caso, observa-se que o canal Sportv e, principalmente, seus direitos esportivos de programação “premium”, pode se encaixar em alguns dos critérios indicados acima, em especial o critério da impossibilidade de duplicação da “facilidade” pelos concorrentes. Todavia, quanto aos outros dois critérios, em especial o terceiro, a caracterização do Sportv como uma “essential facility” para o mercado explorado pelas operadoras de TV por assinatura é mais difícil, tendo em vista os dados disponibilizados a esta Secretaria e a própria configuração desse mercado. Como já comentado neste parecer, não há como se afirmar, com exatidão, que a ausência do Sportv inviabilize a competitividade de uma operadora de TV paga, a ponto de excluí-la do mesmo. Frise-se, contudo, que esta Seae não está afirmando que o Sportv não é uma “essential facility” para o mercado brasileiro de TV paga, mas sim, por prudência, deixando de utilizar tal teoria para caracterizar uma conduta anticoncorrencial da Globosat.

191. De fato, apesar de esta teoria não ser muito utilizada para “bens imateriais” nos órgãos mundiais antitruste, ela já foi mencionada em alguns casos, grande parte deles relacionada à propriedade intelectual.¹⁰⁴ No mercado de mídia, freqüentemente, programação esportiva “premium”, em especial futebol, é apontada como um gargalo para o desenvolvimento do mercado de TV por assinatura, fato este já fartamente comentado neste parecer, com diversas indicações de casos decididos pela Comissão Européia utilizando essa idéia. Nesses casos, foram detectadas algumas possibilidades de ocorrência de “bottleneck ou gatekeeper position”, a sua maioria em operações de concentração econômica. Em todos esses casos, a Comissão Européia estabeleceu restrições a fim de evitar que isso acontecesse, preservando a competição nos mercados de TV por assinatura. Essas restrições se basearam, essencialmente, em quebras de exclusividade temporária ou imposição de sublicenciamentos de alguns direitos esportivos considerados fundamentais para o desenvolvimento do mercado de TV paga. Assim,

¹⁰⁴ Para maiores detalhes, ver texto “*EC Competition law and intellectual property rights in the new economy*”, de Steve Anderman, publicado no *Antitrust Bulletin*, New York, Summer 2002.

percebe-se que há, neste mercado, uma grande possibilidade de conteúdo “premium”, especialmente programação esportiva, ser considerado uma “essential facility”. Por fim, vale mencionar texto publicado no website da Comissão Europeia, intitulado “*Market definition in the media sector – economic issues*”, elaborado pela empresa *Europe Economics*, encomendado pela unidade de mídia daquele órgão. Neste texto, sob o subtítulo “*The case of content gateways*”, foi afirmado, *in verbis*, “...*Copyright provisionally provides for a content originator to grant an exclusive right to exploit the content. While essential facilities in media industries such as broadcasting are generally thought of as existing at the distribution level, there is also the possibility that they may be found at the content level. A question is whether, if there is some kind of essential facility or gateway issue to investigate, this should be addressed at the content level, or at some packaging stage. **Sports rights are perhaps the clearest example of content access to which might be considered necessary for different pay-television platforms to compete effectively in offering services to consumers.***” (grifo nosso).

192. De volta à acusação de abuso de posição dominante, têm-se como um claro indício dessa prática a inclusão de cláusulas de renovação “privilegiada”, conhecidas na literatura econômica como “english clauses”. Estas cláusulas, conforme já comentado neste parecer, no item “barreiras à entrada”, distorcem completamente a competição no mercado de aquisição de direitos esportivos, e impactam diretamente nos mercados abaixo dele, quais sejam, formatação de canais esportivos “premium” e prestação de serviços de TV por assinatura.

193. Apenas para ilustrar, serão apresentadas a seguir, na íntegra, três “english clauses” incluídas em contratos firmados entre a Globosat e, respectivamente, a Confederação Brasileira de Basketball, a Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro e a Federação Paulista de Futebol, em complemento à “english clause” do contrato referente ao campeonato brasileiro de futebol, já destacada neste parecer (parágrafo 121):

(sigilo)

(sigilo)

(sigilo)

194. Apenas pela simples leitura das cláusulas acima citadas é possível perceber seu caráter pernicioso à concorrência dos mercados de aquisição de direitos, formatação e distribuição de canais esportivos “premium” e prestação de serviços de TV por assinatura. Todavia, vale ressaltar, novamente, que a presença dessas cláusulas praticamente inviabiliza a presença de outra programadora, ou mesmo operadora, interessada em concorrer com a Globosat por esses direitos.

195. A imposição dessas cláusulas, pela Globosat, aos detentores dos direitos, reflete sua posição monopsonica nesse mercado. Afinal, caso os detentores dos direitos não aceitem negociar com a Globosat, com quem mais negociariam seus direitos para a plataforma TV por assinatura? Esta imposição, no entendimento desta Secretaria, é um claro indício de abuso de posição dominante, e também uma tentativa de “alavancagem” de poder em um mercado para o outro, visando dominar todos os níveis verticalmente relacionados. Além disso, vale ressaltar que essas cláusulas, incluídas em diversos contratos negociados pela Globosat, principalmente nos mais relevantes (considerados neste parecer como programação “premium”), são bastante semelhantes, o que nos leva a crer que são, realmente, impostas às vendedoras, sem negociação. É bom ressaltar que, apenas neste parecer, foram descritas quatro “english clauses”, envolvendo quatro entidades diferentes, e todas seguem o mesmo padrão. Neste ponto, vale ressaltar a resposta da Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro, quando questionado sobre como eram negociadas as cláusulas de exclusividade com a Globosat. Esta Federação respondeu que “...as cláusulas de exclusividade já estão inseridas no bojo dos contrato encaminhados pela TV Globo e pela Globosat. Muito embora os clubes e a Federação tenham considerações acerca

dos contratos, as referidas cláusulas são intocáveis pelas contratantes."¹⁰⁵ Apesar de não estar se referindo, especificamente, às cláusulas de renovação "privilegiada", é razoável supor que essa referência da FERJ também valha para as mesmas. Finalmente, ainda com relação a esse assunto, frise-se que o direito de renovação "privilegiada" incluída nos contratos citados não tem um prazo final definido, referindo-se sempre a "eventos a serem realizados nos anos subsequentes a...". Logicamente, a "concessão" de uma renovação "privilegiada", *ad eternum*, para a Globosat, não seria economicamente interessante aos clubes, detentores primários dos direitos de transmissão. Posto isso, caso esses clubes recebessem uma proposta mais vantajosa de um suposto concorrente da Globosat, eles estariam impossibilitados de maximizar seus ganhos com seu direito de imagem, pois bastaria à Globosat "empatar" a proposta desse concorrente. A conclusão é que nunca haverá, efetivamente, um leilão por esses serviços, enquanto essas cláusulas prevalecerem. Além disso, vale lembrar mais uma vez que esse suposto concorrente da Globosat, por todas as razões já expostas neste parecer, é bastante improvável de se tornar realidade, dadas as condições atuais do mercado. O único concorrente da Globosat na história da TV por assinatura no Brasil, a ESPN Brasil, desde a operação de aquisição de 25% de seu capital por aquela, não mais concorreu por direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais "premium".

7.1. Eficiências

196. Conforme já comentado previamente neste parecer, a Resolução CADE n.º 20/99, que dispõe sobre o processo administrativo, apresenta como principal pressuposto, a ser verificado preliminarmente pela análise, que condutas prejudiciais à concorrência, e não apenas a concorrente (s), em geral, requerem a pré-existência, a alavancagem de um mercado para outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante por parte de quem a pratica. Tendo em vista que este parecer demonstra que esse pressuposto ocorre na presente conduta, com as Organizações Globo utilizando sua

¹⁰⁵ Resposta ao Ofício n.º 184/2003.

posição dominante, tanto no mercado de TV aberta quanto nos mercados de aquisição de direitos esportivos e de distribuição de canais esportivos “premium” para TV por assinatura, para buscar posição dominante no mercado de prestação de serviços de TV por assinatura, a próxima fase de investigação reside na verificação da ocorrência de possíveis eficiências (benefícios) da conduta que poderiam vir a neutralizar seus efeitos anticompetitivos.

197. De acordo com a literatura econômica acerca de condutas verticais, a presente conduta, qual seja, recusa de negociação combinada com acordos de exclusividade, tem, normalmente três efeitos anticompetitivos: (i) aumento unilateral do poder de mercado da empresa que impõe a exclusividade, por meio do “bloqueio” e/ou aumento das barreiras à entrada nos canais de distribuição ou fornecimento de insumo (possível aumento de custos de rivais); (ii) implementação de condutas colusivas, tendentes usualmente à cartelização, no mercado de “origem”, quando são utilizadas como instrumento de divisão do mercado entre produtos substitutos; e (iii) exploração monopolista dos usuários de serviços pós-venda, caso estes envolvam custos elevados de mudança e a ocorrência de situações em que o comprador se torna cativo (“lock in”), por não possuir alternativas viáveis de consumo desses serviços. Da mesma forma que há possíveis efeitos anticompetitivos relacionados a essas práticas, existem possíveis benefícios que podem neutralizar aqueles efeitos. Esses possíveis benefícios estão relacionados, em geral, à economia de custos de transação, ao buscar a contenção de condutas oportunistas em defesa de investimentos não recuperáveis (“free rider”) e para preservar/incentivar a qualidade dos serviços nos mercados “alvo”, bem como protegem a reputação e os investimentos em ativos específicos de empresas no mercado de “origem”.¹⁰⁶

198. Na análise dos benefícios econômicos (eficiências), no presente caso derivados da recusa em negociar o Sportv e, conseqüentemente, de sua política de exclusividade para a Net Brasil, quatro aspectos devem ser observados: (i) é necessário averiguar se as eficiências apresentadas são

¹⁰⁶ Informações contidas na Resolução CADE n.º 20/99.

específicas da conduta, ou seja, se não poderiam ser obtidas de outra forma menos restritiva à concorrência; (ii) as eficiências devem derivar tão somente de economias reais; economias pecuniárias, resultantes da mera transferência de recursos entre agentes econômicos (como o simples aumento do poder de barganha ou de compra), não devem ser aceitas; (iii) as eficiências devem ser apresentadas de forma clara e precisa, ou seja, serão desconsideradas quando forem estabelecidas vagamente, quanto tiverem caráter especulativo ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis; e (iv) para compensar os efeitos anticompetitivos da conduta, os ganhos de eficiência devem ser consideráveis, ou seja, quanto maiores os efeitos anticompetitivos, maiores devem ser as eficiências demonstradas.¹⁰⁷

199. Sendo assim, esta Secretaria solicitou à representada, por meio do Ofício n.º 2.913/2002, que apresentasse, em detalhes, as possíveis eficiências derivadas da exclusividade de distribuição do canal Sportv para a Net Brasil, bem como da recusa em comercializá-lo com concorrentes desta última, a fim de que fossem ponderados seus possíveis benefícios compensatórios vis-à-vis seus possíveis efeitos anticoncorrenciais.

200. Em resposta, a Globosat apresentou, de forma resumida, algumas possíveis eficiências. Em primeiro lugar, afirmou que grande parte das eficiências não são derivadas, isoladamente, da exclusividade, mas sim do modelo de parceria na distribuição do Sportv que ela possibilita. Afirmou, ainda, que a exclusividade é um dos instrumentos que regem a complexa relação de parceria entre as duas empresas.

201. A seguir, a Globosat realizou uma explicação sobre esse modelo, com ênfase nas oportunidades de geração e captação de eficiências. Para isso, primeiramente apresentou suas premissas como programadora: “(i) utilização plena das utilidades de produção e compartilhamento de instalações; (ii) padronização das operações e ferramentas de controle (tecnologia da informação, comercialização publicitária, etc.); (iii) manutenção de áreas de

¹⁰⁷ Trecho adaptado do parecer SEAE referente ao AC n.º 08012.006976/2001-58.

apoio comuns aos diversos canais; e (iv) realização de ações promocionais, com o fortalecimento de marcas e viabilização de novos produtos.”. Após a apresentação de suas premissas, a Globosat enfatizou que optou por comercializar seus três canais que produz (Sportv, GNT e Multishow) de forma conjunta (um pacote), a fim de poder otimizar a utilização dos recursos empregados na produção dos seus canais e obter o máximo de eficiências. A Globosat exemplificou essa política de otimização dos recursos, afirmando que, na cobertura de certos eventos, utiliza a estrutura ociosa do Sportv para os canais Multishow e GNT. Por fim, neste tópico, a Globosat afirmou que a apropriação dessa eficiência não seria factível caso os três canais não estivessem sob a mesma estrutura administrativa e não fossem comercializados conjuntamente. Enfatizou, ainda, “que essa forma de comercialização propicia o fortalecimento dos canais através de promoção da marca “guarda-chuva” Globosat e da propaganda recíproca entre os canais; a melhor utilização de espaços publicitários para a elaboração de planos de mídia diversificados que atendem aos clientes em busca de um mix de canais e não somente um tipo de programação.”. Assim, dado que a Globosat considera a venda de seus canais em um único pacote a forma de se obter maior eficiência, optou por adotar uma estratégia diferenciada para os mesmos, formando uma parceria com seus distribuidores, por intermédio da Net Brasil.

202. Esse modelo de distribuição de seus canais próprios, via Net Brasil, por sua vez, no entendimento da Globosat, possibilitou a captura de eficiências adicionais, quais sejam: “(i) condições técnicas: a inserção centralizada dos canais permite não apenas a redução de custos como também possibilita a melhor qualidade do sinal distribuído pelas operadoras filiadas. Além disso, a Net Brasil oferece know-how e treinamento técnico às operadoras; (ii) marketing: o modelo de parceria permite ações conjuntas e recíprocas de marketing e de divulgação entre os canais e as operadoras, como por exemplo, canal “barker”, Revista Net, centro de atendimento ao assinante, et., fortalecendo as marcas e reduzindo despesas; (iii) espaços publicitários: a venda centralizada e a coordenação com as operadoras permite a padronização e otimização do uso dos espaços publicitários, fornecendo exposição mais eficiente aos anunciantes; (iv) “pay-per-view”: a exploração

desse canal de distribuição de programação só é possível através do modelo de parceria entre a programadora e as operadoras; e (v) planejamento fiscal: o relacionamento estreito entre programadora, franqueadora e operadoras permite a adoção de instrumentos que reduzem a carga tributária sobre os serviços, possibilitando preços mais baixos aos consumidores.”

203. No final da apresentação das possíveis eficiências derivadas da política de exclusividade do Sportv ou, no entendimento da reclamada, do modelo de negócios adotado pela mesma e pela Net Brasil, a Globosat solicitou a oportunidade para demonstrar a esta Seae, durante uma visita às suas instalações, as eficiências comentadas na citada resposta ou, alternativamente, por meio de uma apresentação na sede da Secretaria.

204. Conforme entendimento desta Secretaria, as eficiências alegadas pela reclamada não satisfazem os aspectos destacados no parágrafo 198. Da mesma forma, não está em discussão aqui o modelo de negócios adotado pelas Organizações Globo para sua atuação no mercado brasileiro de TV por assinatura, mas somente a conduta configurada na recusa em negociar o canal Sportv com os concorrentes da Net Brasil. Como veremos mais adiante, de acordo com algumas cláusulas dos contratos firmados entre as empresas participantes desse modelo de negócios implantado pela Globo, a busca pelas propaladas “eficiências” da política de exclusividade dos canais Globosat não parece ser o principal objetivo do modelo, mas sim o domínio, e sua manutenção, de todos os níveis da cadeia de valor do mercado de TV por assinatura.

205. Em primeiro lugar, nenhuma das eficiências alegadas pela representada foi, de forma clara e precisa, demonstrada. Em sua resposta, a Globosat apresentou, genericamente, alguns possíveis benefícios advindos do seu modelo de negócios, não se restringindo à conduta em análise. Dessa forma, foi impossível averiguar se as eficiências apresentadas são específicas da conduta, ou seja, se não poderiam ser obtidas de outra forma menos restritiva à concorrência. Também não foi possível averiguar se essas

eficiências derivam unicamente de economias reais, ou se configuram mera transferência de recursos entre agentes econômicos.

206. Em segundo lugar, grande parte das eficiências alegadas pela representada deriva do modelo de negócios adotado pelas Organizações Globo, e não da recusa em negociar o Sportv. Mesmo assim, não há explicações para algumas das eficiências apontadas. Por exemplo, a Globosat argumentou que a otimização dos recursos empregados na produção dos seus três canais guarda relação com a sua comercialização conjunta, e que a apropriação dessa eficiência não seria possível caso os canais não estivessem sob a mesma estrutura administrativa e não fossem comercializados conjuntamente. Quanto à primeira alegação, esta guarda algum sentido econômico. Todavia, com relação à segunda, esta Seae não percebe a relação entre a otimização dos recursos empregados na produção dos canais e sua comercialização conjunta. A referida eficiência poderia ser apropriada, da mesma forma, caso os canais fossem vendidos separadamente. Assim, a propalada economia de recursos, pela Globosat, estaria vinculada à produção conjunta dos três canais, e não à sua comercialização.

207. Finalmente, quanto à tentativa da representada de demonstrar as eficiências da presente conduta, ou do seu modelo de negócios, em uma visita dos representantes desta Secretaria às suas instalações, não nos parece ser o meio mais adequado para tal fim. Da mesma forma, uma apresentação sobre o tema não serviria para esclarecer as eficiências apresentadas em resposta a ofício enviado por esta Seae. A representada teve a oportunidade de demonstrar que as supostas eficiências da recusa em negociar o Sportv com os concorrentes da Net Brasil compensariam os supostos efeitos anticoncorrenciais. Todavia, ao invés disso, procurou listar, sem a devida demonstração quantitativa, algumas possíveis eficiências, muitas das quais associadas ao modelo de negócios adotado pelo grupo Globo para o mercado de TV paga, e não específicas das condutas as quais foi acusada.

208. Sendo assim, esta Secretaria entende que as eficiências alegadas pela Globosat não foram suficientemente detalhadas, nem demonstradas, a fim

de que fosse possível uma comparação dessas com os possíveis efeitos anticoncorrenciais das condutas, já fartamente comentados no decorrer deste parecer.

209. Além disso, faz-se mister destacar, neste tópico, alguns detalhes do contrato de distribuição de programação, firmado entre a Globosat e a Net Brasil, que fazem esta Secretaria crer que a recusa em negociar o Sportv, pela representada, não objetiva o alcance das eficiências alegadas, mas sim a pura conquista de *market share*, bem como sua manutenção, em detrimento da competição do setor e, conseqüentemente, dos consumidores atuais e potenciais desses serviços. Adicionalmente, serão destacados alguns números do Sportv e do pay-per-view do campeonato brasileiro de futebol, apresentados pela representada, com o intuito de demonstrar que a recusa em negociar o Sportv gera um efeito líquido negativo para o bem estar social.

210. Com relação ao contrato firmado entre a Globosat e a Net Brasil, destaca-se a cláusula terceira, que trata das questões de exclusividade e preferência. A seguir, apresentamos, in verbis, os sub-itens 3.1, 3.2 e 3.3:

(sigilo)

211. (sigilo)

212. (sigilo)

213. Vê-se, assim, que o contrato de distribuição de programação firmado entre a Globosat e a Net Brasil demonstra que todas as eficiências, ainda que genéricas, alegadas pela representada para justificar seu “modelo de negócio”, não parecem ser a principal razão da adoção da política de exclusividade do Sportv, objeto da presente análise.

214. Finalmente, cabe destacar que o canal Sportv vem, nos últimos anos, reduzindo sua participação nas transmissões esportivas dos principais eventos nacionais, proporcionalmente, em relação às transmissões via pay-per-

view. Este fato pode ser constatado do quadro abaixo, o qual apresenta alguns números relativos aos direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol, primeira divisão:

QUADRO 8 – Dados do Campeonato Brasileiro de Futebol – 1ª Divisão

(sigilo)

215. Aliado a isso, destaca-se que a Globosat vem aumentando, ano a ano (com exceção de 2000, apesar do expressivo acréscimo no número de assinantes), seu faturamento com as vendas via sistema pay-per-view, como pode ser constatado pelo quadro 9:

(sigilo)

216. Pode-se ver, pelos números apresentados, que as vendas pelo sistema pay-per-view vêm ganhando destaque nos últimos quatro anos, com a Globosat aumentando seu faturamento em (sigilo)% nesse período. Assim, apesar de os assinantes da Net Brasil terem cada vez mais acesso a um número maior de jogos, graças às janelas ofertadas via pay-per-view, os mesmos são compelidos a pagar duas vezes para ter o direito de acompanhar tais jogos. Antes do advento das transmissões via pay-per-view, os assinantes podiam acompanhar o campeonato brasileiro de futebol, bem como outros eventos relevantes, pelo Sportv, pagando por isso apenas a mensalidade do seu pacote. Agora, a cada ano que passa, o assinante Net Brasil vê-se diante de uma redução na oferta de jogos pelo Sportv, o que o impele a pagar para assistir aos jogos que, em grande parte, assistia sem nenhum custo adicional.¹⁰⁸ Apenas essa ineficiência derivada do modelo de exclusividade do Sportv e dos principais direitos de transmissão da Globosat, que a possibilitou lançar o modelo pay-per-view, e fomentá-lo cada vez mais, por si só já eliminaria a possibilidade de qualquer outro possível benefício vir a justificar tal conduta. Quando incluímos na análise os assinantes de outras operadoras, que

¹⁰⁸ Vale lembrar que, conforme notícia já mencionada neste parecer, os vendedores (clubes e federações) e os compradores (TV Globo e Globosat) dos principais direitos esportivos relacionados ao futebol

não têm acesso a nenhum desses canais, a ineficiência do modelo torna-se evidente. Ressalte-se, neste ponto, que até o final da década de 90 (1997/1998), quando havia competição entre o Sportv e a ESPN Brasil, todos os assinantes de TV paga no Brasil tinham acesso aos principais eventos esportivos, e podiam escolher livremente por sua operadora de preferência. Após esse período, esses assinantes, caso queiram ter acesso aos principais jogos dos eventos esportivos mais relevantes do país, devem, obrigatoriamente, contratar uma operadora Net Brasil, adquirir um dos pacotes oferecidos (com exceção do standard, que não possui o Sportv) e, após, adquirir o pacote do evento de sua preferência (principalmente futebol). Percebe-se, desta forma, que a conduta imputada à Globosat é prejudicial tanto aos seus assinantes quanto aos assinantes de outras operadoras e, até, a potenciais assinantes, que terão seu leque de escolhas reduzido, devido à limitação de um conteúdo considerado chave para essa decisão, qual seja, programação esportiva “premium”.

8. Conclusão

217. Tendo em vista todo o exposto neste parecer, verifica-se que a representada Globosat praticou alguns dos ilícitos anticoncorrenciais tipificados nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94.

218. O modelo de negócios adotado pelas Organizações Globo para sua atuação no mercado brasileiro de TV por assinatura baseia-se na “franqueadora” Net Brasil, que adquire canais de programadoras diversas, os formata em alguns pacotes de canais e, após, os repassa para suas operadoras afiliadas, compostas de operadoras com participação acionária da Globo, e outras operadoras independentes. A Net Brasil funciona como uma espécie de franqueadora, pois as operadoras afiliadas, além de operarem sob a bandeira Net, possuem um grau de gerência limitado pelo contrato de adesão ao sistema proposto pela Net Brasil. Um dos grandes atrativos desse sistema é, justamente, o acesso exclusivo, em suas respectivas áreas de concessão,

acordaram que, a partir de 2005, a TV aberta passará a transmitir cada vez menos jogos, passando-os para o sistema pay-per-view.

aos canais Globosat, reconhecidamente os mais relevantes em termos de conteúdo local para o mercado brasileiro de TV por assinatura. Dentre esses canais, encontra-se o Sportv, objeto da acusação de conduta formulada pela Neo TV. Esta concessão de exclusividade de programação atraiu diversas operadoras para o sistema Net Brasil, fazendo com que essa empresa alcançasse o domínio do mercado brasileiro de TV paga no final dos anos 90, posição esta mantida até hoje, detendo cerca de 61% do mercado, segundo dados recentes divulgados pela ABTA.

219. Contudo, deve-se ressaltar, mais uma vez, que esta conduta não se refere a todo o modelo de negócio implantado pelas Organizações Globo no mercado brasileiro de TV por assinatura, mas sim à restrição vertical representada pela recusa em negociar o canal Sportv com os concorrentes da Net Brasil. É importante salientar, também, que não está em discussão, neste parecer, se a adoção de práticas de distribuição de conteúdo com cláusulas de exclusividade é um ilícito per se. Muito pelo contrário, este parecer buscou demonstrar, utilizando-se de várias fontes de informação, inclusive da vasta experiência internacional sobre o assunto, que o modelo de exclusividade adotado pela Globo no mercado brasileiro de TV por assinatura, especificamente para o Sportv, considerando todas as suas especificidades comentadas no decorrer desta análise, o caracteriza como um ilícito anticoncorrencial.

220. Portanto, esta Secretaria considera que a Globosat e, subsidiariamente, a Globopar (por esta possuir influência dominante e/ou relevante sobre a Net Brasil, a Net Serviços, a TV Globo e a Sky Brasil Ltda., empresas que participam, direta ou indiretamente, da conduta imputada àquela) infringiram os seguintes preceitos dispostos no artigo 21 da Lei de Defesa da Concorrência (8.884/94), por estes terem por objeto ou possibilitarem a produção dos efeitos elencados nos incisos I (limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa), II (dominar mercado relevante de bens ou serviços) e IV (exercer de forma abusiva posição dominante) do artigo 20 da mesma Lei:

(i) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (inciso IV);

- (ii) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços (inciso V);
- (iii) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição (inciso VI);
- (iv) discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços (inciso XII);
- (v) recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais (inciso XIII).

221. Todos esses ilícitos anticoncorrenciais derivam da posição monopsônica alcançada pela Globosat no mercado de aquisição de direitos esportivos “premium” para TV paga. Esta posição deriva, em parte, da utilização do poder de mercado da TV Globo no mercado de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos “premium” para TV aberta, alavancando-o para o mercado de TV paga (“leverage”) e, em parte, da aquisição de participação acionária, no final de 2000, no principal concorrente da Globosat nesse mercado, a ESPN Brasil. Esta posição monopsônica da Globosat nesse mercado específico reforça a posição de domínio do canal Sportv em seu mercado relevante aqui definido, o qual, por sua vez, reforça a atratividade das operadoras afiliadas Net Brasil, permitindo que estas atraíam cada vez mais assinantes para as suas redes, tendo em vista a caracterização da programação esportiva “premium” como um “pay-TV driver”. Além disso, a posição dominante da Globosat no mercado de aquisição de direitos esportivos “premium” também alavancou as vendas de pacotes “pay-per-view” dos principais campeonatos de futebol realizados no Brasil, o que reforça ainda mais a posição das operadoras Net Brasil em seus mercados de atuação.

222. Sendo assim, esta Secretaria recomenda ao CADE:

- (i) que aplique às representadas as penalidades que julgar cabíveis, tendo em vista as infrações à ordem econômica listadas nos parágrafos anteriores, e demonstradas no decorrer deste parecer;
- (ii) que determine a publicação, em meia página e às expensas das representadas, em jornal de grande circulação nacional, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, em três semanas consecutivas;
- (iii) que determine à Globosat comercializar, por 5 (cinco) anos (a contar da decisão do CADE), em bases não discriminatórias, sem exclusividade, o canal Sportv, ou qualquer outro que venha a substituí-lo, com qualquer operadora de TV por assinatura ou “associação de operadoras” em atuação, ou que manifeste o desejo de entrar, no Brasil, e que declare, formalmente, o desejo de distribuí-lo em suas operações;
 - (iii.a) Para a determinação do preço a ser cobrado por assinante, pela Globosat, pela distribuição do canal Sportv às operadoras interessadas, deverá ser utilizado como base inicial de negociação o valor estipulado para esse canal, em 23 de Janeiro de 2001, em carta-memorando DE-122/01, enviada pela Globosat à Net Brasil, visando a adequação dos preços dos canais Globosat para 2001, carta esta constante dos autos, cuja cópia foi remetida a esta Secretaria pela representada em resposta ao Ofício Seae n.º 738/03. De acordo com esta carta, o Sportv passou a ser comercializado, em fevereiro de 2001, pelo valor de US\$ (sigilo) (ou R\$ (sigilo) pela taxa de câmbio relativa ao “acordo Gsat-Nbr” mencionado na referida carta). Caso a Globosat não concorde com este valor, pelo fato de o mesmo poder estar desatualizado, deverá apresentar ao CADE, previamente à sua decisão, documentos que comprovem outros valores mais atuais, diversos daquele estipulado na carta-memorando referida.
- (iv) com o intuito de reduzir o poder de barganha da Globosat, derivado do poder econômico do seu grupo e, assim, facilitar o acesso a novos competidores nos mercados de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos “premium” e, conseqüentemente, de canais

esportivos “premium” para TV por assinatura, que determine a quebra de todas as cláusulas de exclusividade dos contratos relacionados ao futebol profissional brasileiro atualmente em vigor, para as janelas de exibição TV por assinatura e “pay-per-view”, e também de todas as cláusulas de renovação privilegiada (as chamadas “english clauses”) contidas nesses contratos;

- (v) ainda visando ao mesmo objetivo anterior, que proíba a Globosat, ou qualquer empresa que venha a representá-la, de adquirir, por 5 (cinco) anos (a contar da decisão do CADE), com exclusividade e com cláusulas de renovação privilegiada (“english clauses”), ou similares que visem aos mesmos propósitos, qualquer direito de transmissão de eventos esportivos relacionados ao futebol profissional brasileiro, ou seja, com presença de equipes nacionais e realizados em território nacional, para as janelas de exibição TV por assinatura e “pay-per-view”. Além disso, todos os contratos negociados pela Globosat, relacionados a esses eventos, não poderão ter um prazo superior a 2 (dois) anos (duas temporadas). Neste item, ressalte-se que o prazo estipulado de 5 anos será válido somente para a proibição de cláusulas de exclusividade, tendo em vista que, dado o caráter anticompetitivo das cláusulas de renovação privilegiada (“english clauses”), estas não mais poderão ser incluídas nos contratos firmados pela Globosat, ou representante, com os detentores dos direitos de transmissão dos eventos especificados neste item;
- (vi) apesar de outros eventos esportivos não relacionados ao futebol profissional brasileiro não serem o foco do presente parecer, mas dado o caráter anticompetitivo das cláusulas de renovação privilegiada (“english clauses”), que proíba a Globosat de incluí-las em qualquer contrato de aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos, sem limite de prazo, para as janelas de exibição TV por assinatura e “pay-per-view”, além de determinar a quebra dessas cláusulas em todos os contratos dessa natureza atualmente em vigor.

À apreciação superior.

MÁRIO SÉRGIO ROCHA GORDILHO JÚNIOR
Coordenador de Serviços de Mídia e Convergência Digital

MARCELO DE MATOS RAMOS
Coordenador-Geral de Comércio e Serviços

De acordo.

LUIS FERNANDO RIGATO VASCONCELLOS
Secretário Adjunto

JOSÉ TAVARES DE ARAUJO JUNIOR
Secretário de Acompanhamento Econômico