

VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO THOMPSON ANDRADE

O produto relevante a ser examinado é o de prestação de serviços de tv por assinatura com transmissão por satélite. Os ofertantes deste produto, dadas as suas características atuais, são poucos no Brasil; os dois principais são a SKY (empresa ligada à Globo) e a DIRECTV.

Em algumas regiões do país existem outros serviços semelhantes oferecidos, os quais competem com as tvs por satélite, como é o caso da tv por assinatura por cabo e o MMDS.

O serviço prestado por estas empresas de tv por satélite é o de acesso a uma variada programação de tv constituída de vários canais, compreendendo um amplo conjunto de programas, oferecidos aos assinantes de forma a satisfazer os interesses destes em relação à busca de informações, cultura e entretenimento.

O serviço produzido pela SKY e pela DIRECTV, portanto, é o acesso a um conjunto de canais oferecidos e seus respectivos programas de tv. A produção deste serviço depende, como em qualquer atividade produtiva, dos insumos (fatores de produção) utilizados. No caso em análise, um destes insumos é a própria programação oferecida, pois na realidade estas empresas são transmissoras dos programas contratados junto aos produtores dos mesmos. As empresas SKY e DIRECTV, como qualquer outra empresa que atue na prestação deste serviço de tv por assinatura, vão ao mercado e contratam os programas que desejam exibir nos seus vários canais.

Existe, pois, um mercado de demandantes (SKY, DIRECTV e outros) e de ofertantes (as empresas produtoras dos programas). Naturalmente, demandantes e ofertantes competem entre si em termos de preço, qualidade e outros atributos, para adquirir e vender os programas de tv. O sucesso de uma tv por assinatura depende, além de outros fatores de produção (como, por exemplo, o seu empenho em vendas), da sua capacidade de contar com uma grade de canais que ofereça os programas mais desejados pelo público, o que facilitará a manutenção de seus assinantes e a venda de novas assinaturas. Desta forma, é de esperar que haja uma disputa entre as tvs por assinatura para ter em sua programação os canais que aos olhos do público ofereçam uma vantagem competitiva.

Entre os produtores de programas, potenciais ofertantes de programas às tvs por assinatura por satélite, estão as tvs abertas, como a Tv Globo, a

Tv Bandeirante, o SBT, a Record e outras. Cada uma destas tvs abertas tem a sua programação diária, a qual pode ser do interesse das tvs por satélite disponibilizar como um dos canais acessáveis por seus assinantes. É bem verdade que os sinais transmitidos pelas tvs abertas em princípio são captáveis livremente por qualquer aparelho de tv e, portanto, poderia ser interpretado como uma redundância oferecê-los como um canal na tv por satélite. Entretanto, dificuldades de captar o sinal da tv aberta em algumas áreas e permitir uma qualidade de imagem superior àquela que poderia ser captada nas mesmas significam um outro tipo de serviço prestado pelas tvs por satélite. Além do mais, a comodidade de acessar o canal da tv aberta no próprio controle remoto pode representar algo mais em termos do valor que o potencial assinante atribui ao serviço prestado pelas tvs por satélite. Portanto, não deve restar dúvidas que captar o sinal da tv aberta pela própria tv ou usando uma antena interna ou externa e captar este sinal via retransmissão de uma tv por satélite são serviços inegavelmente diferentes para um usuário deste tipo de serviço.¹

Ter entre os seus canais oferecidos aos assinantes um ou mais canais exclusivos (com programação proveniente de um sinal aberto ou não) é uma forma de diferenciar o seu produto, uma estratégia comercial usada por qualquer empresa neste ramo que deseje reforçar sua capacidade de disputar um mercado e de cobrar preços que remunerem seu esforço em oferecer ao assinante uma variedade de programação considerada mais adequada pelo usuário do serviço.

A SKY, entre os canais oferecidos aos seus assinantes, disponibiliza aos mesmos os programas transmitidos pelas emissoras de tv com sinal aberto componentes da Rede Globo de Televisão na área de sua residência. Portanto, os assinantes da SKY têm no seu controle remoto a possibilidade de escolher entre os canais à sua disposição aquele referente ao da Rede Globo. A DIRECTV não faz o mesmo porque, diferentemente da SKY, não tem permissão da Rede Globo para retransmitir os sinais abertos daquela Rede, mesmo estando disposta a pagar por estes sinais. A DIRECTV alega, portanto, que a Globo recusa-se a negociar a cessão dos seus sinais, preferindo cedê-los à sua associada SKY. Ao fazer isto, a Globo estaria infringindo o inciso XIII do artigo 21 da lei 8884/94, o qual diz que “*recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais*” é uma conduta infrativa a lei da concorrência.

¹ Aliás, se isto não fosse verdade, não haveria justificativa para a SKY retransmitir o sinal aberto da Globo e divulgar que é a única tv por assinatura que o faz, e que a DIRECTV deseje fazê-lo também

Sabe-se que os programas de sinal aberto da Globo têm uma elevada audiência e que, por isto, ter entre os canais oferecidos um que disponibilize o acesso à Globo é um *plus*, adicional ao conforto oferecido em liga-lo diretamente e de permitir concretamente a conexão nos casos em a transmissão não é captada ou não é captada com um nível de qualidade satisfatório. Do ponto de vista competitivo, não me resta dúvida que esta diferenciação deve ter alguma relevância. Sob este aspecto, não estou convencido de que a pesquisa feita pela ANATEL, a qual procurou captar o efeito da disponibilização do sinal da Globo pela SKY nas vendas de assinaturas da mesma e da DIRECTV, tenha sido suficientemente robusta para isolar este efeito; métodos econométricos mais elaborados poderiam e deveriam ser usados com esta finalidade.²

Portanto, do ponto de vista econômico tem-se a seguinte situação: os concorrentes no mercado de tv por satélite, particularmente a SKY e DIRECTV, disputam neste mercado, cada um deles oferecendo aos seus assinantes efetivos e potenciais os canais que puderam reunir indo ao mercado de produtores de programas. Dentre os muitos canais diferentes que oferecem e que podem fornecer elementos de diferenciação que distingue uma tv por satélite de outra, existe um canal oferecido pela SKY, aquele que retransmite o sinal aberto da Rede Globo, o qual alegadamente pela DIRECTV prejudica a sua capacidade de competir do mercado. Este prejuízo concorrencial só poderia ser eliminado se a Globo cedesse o sinal a todos os concorrentes neste mercado, particularmente à DIRECTV.

O pressuposto básico desta interpretação de que o fato da SKY ter o sinal aberto da Globo implica que este sinal é um insumo essencial do ponto de vista competitivo. Assim, uma tv por satélite que não tenha este sinal inexoravelmente possuirá uma capacidade competitiva menor e, no limite, tenderia para uma situação na qual a SKY poderia abusar do seu elevado poder de mercado. Como só a SKY detém com exclusividade este acesso, este mercado caminharia para uma situação não competitiva se as condições estruturais persistirem. Ter este sinal significaria uma vantagem competitiva que impediria a livre concorrência neste mercado, com efeitos finais negativos para os assinantes.

² A bem da verdade, se o resultado da pesquisa for a de que a cessão do sinal aberto da Globo à SKY não tem qualquer efeito na concorrência, é paradoxal que a Globo resista à cessão do mesmo à DIRECTV porque ela produziria apenas um efeito benéfico para a Globo do ponto de vista comercial, qual seja, aumentaria a audiência de seus programas.

É preciso examinar primeiramente se este insumo é essencial para que haja concorrência neste tipo de atividade produtiva.

Essencialidade de um fator de produção, do ponto de vista econômico, significa que em um dado processo produtivo este insumo tem presença indispensável e insubstituível na combinação dos insumos necessários à produção. Em outras palavras, admitindo que exista uma função de produção que relacione a quantidade produzida de um bem ou serviço S às quantidades dos x_i 's insumos utilizados, tal que $S \geq 0$ para quantidades x_i 's ≥ 0 , o fato de um dado insumo x_i ser essencial implicaria que $S = 0$ sempre que $x_i = 0$, ou seja, não estiver presente.

Supor que o insumo é essencial implica em aceitar neste caso que a tv por satélite que não tenha o sinal da Globo não teria condições de fazer uma combinação de canais disponibilizados que gere nos assinantes um nível de utilidade, dada uma restrição orçamentária do assinante e dado o preço da assinatura, pelo menos igual à utilidade produzida, nas mesmas condições, pelo conjunto de canais oferecidos pela SKY. Em outras palavras, não haveria como compensar a inexistência de um canal com o sinal da Rede Globo oferecendo um conjunto de outros canais, seja aumentando o seu número, seja melhorando a qualidade dos disponíveis ou ambos, seja, ainda, reduzindo os custos da assinatura.

A primeira questão que se impõe responder é a seguinte: Qual é a evidência nos autos da essencialidade (entendida na forma acima) deste insumo?

Não consigo vislumbrar nos autos uma demonstração da essencialidade do sinal da Globo. Na verdade, o que contém nos autos é a manifestação de que a DIRECTV tem conseguido sobreviver a esta eventual desvantagem concorrencial, podendo ser presumido que o faz às duras penas, com esforço para vencer ou diminuir a vantagem concedida à SKY. Logo, a DIRECTV foi capaz de oferecer um conjunto de canais e a exercer um empenho de vendas capaz de suplantar esta desvantagem. Se assim o é, isto é prova que este insumo não é essencial no sentido econômico.

Obviamente, não se pode negar, que dada a grande preferência de público que a Rede Globo tem, ser possível à SKY oferecer um canal que tenha este sinal na sua grade de canais acessáveis é uma vantagem, como já mencionei acima. Afinal, como esclareci, são dois serviços diferentes. Ter

uma vantagem concorrencial, entretanto, não invalida a competição entre empresas. Suprimir a possibilidade de gerar e possuir uma vantagem concorrencial, obrigando a empresa concorrente a perder esta vantagem, sinalizaria erradamente ao mercado do ponto de vista da eficiência econômica. Isto implicaria em adotar um sistema de incentivos que funcionaria ao reverso, qual seja puniria os investimentos por ganhos de produtividade que permitiram aumentar a eficiência.

O parágrafo acima, obviamente, admite de forma implícita que economicamente não é justificado que vantagens concorrenciais legitimamente construídas sejam eliminadas arbitrariamente para permitir que os demais concorrentes no mercado possam competir em condições menos desfavoráveis.

A segunda questão que se impõe responder é a seguinte: A vantagem obtida pela SKY não é própria, portanto anticoncorrencial ?

Não há nada de errado no fato de que uma dada vantagem concorrencial de uma empresa não tenha sido gerada internamente e sim resultado de um acordo feito com outra empresa. O fato de a SKY ser uma empresa com participação acionária da Globo não deve ser levada em conta para condenar a vantagem obtida pela primeira já que a relação vertical existente entre elas não impede o acesso das demais tvs por satélite ao mercado de produtores de programas de tv. O disposto no inciso VI do artigo 21 da lei 8884/94, qual seja, a conduta infrativa à concorrência de “impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição” não pode ser avocado ao presente caso, pois que os concorrentes têm ampla possibilidade de se dirigir ao mercado de produtores e negociar a contratação dos programas oferecidos por estes. O fato de a SKY possuir a exclusividade na retransmissão do sinal aberto da Globo para o caso das tvs por satélite só seria uma situação de conduta infrativa à lei da concorrência se este insumo fosse único e indispensável, ou, em outras palavras, essencial à competição entre estas tvs. Esta essencialidade, entretanto já foi descartada na forma examinada neste voto.

A despeito de ter sido considerado que o sinal da Globo não ser um insumo essencial à concorrência no mercado das tvs por satélite, já que se entende que este insumo é substituível, uma consideração adicional que poderia ser feita sobre a sua importância estaria relacionada com a sua capacidade de ser único, ou impossível de se obter um insumo que seja uma réplica daquele da Globo.

A terceira questão que se impõe responder é a seguinte: O sinal aberto da TV Globo é um insumo único, não-reproduzível, afetando a concorrência entre as tvs por satélite?

A despeito da qualidade da programação exibida pelas emissoras ligadas à Rede Globo e do elevado nível de audiência obtido pelos seus programas, considerar a qualidade do seu conteúdo como algo que não pode ser reproduzido por outra empresa do mercado de produtores de programas é uma conclusão que não tem sustentação empírica. No curto prazo pode até ser aceitável que haja elevadas dificuldades para que uma produtora de programas de tv tenha a capacidade de desenvolver a quantidade e a qualidade de programas semelhantes aos produzidos pela Globo. Entretanto, no médio e no longo prazos esta capacidade poderá ir sendo construída pouco a pouco e aí está o próprio exemplo da Globo que conseguiu superar as condições mais favoráveis que existiam em favor das emissoras de tv da Rede Associadas. A rede do SBT e a rede da Record estão aos poucos sendo capazes de oferecer uma programação que capta um percentual significativo de telespectadores. É inegável que o fato de que a SKY presentemente ter a exclusividade do sinal da Globo lhe dá uma vantagem competitiva na disputa no mercado de tvs por satélite no curto prazo dada a dificuldade de se ter um canal “réplica” que seja um substituto perfeito do mesmo. Entretanto, é difícil sustentar que haja barreiras intransponíveis à entrada no mercado de produtores de programas de tv e de que o uso do sinal aberto permitido pela Tv Globo (que o cede à sua associada SKY) é anticompetitivo no mercado de tvs por satélite.

Entrar no mercado de produtores de programas de tv com possibilidade de concorrer no mesmo nível com a “produtora” Globo para produzir algo um insumo perfeito substituto certamente exigirá elevados níveis de investimento, ampla experiência no ramo e significativa capacidade administrativa. Cabe ao mercado gerar os incentivos para esta possibilidade se efetive e estes incentivos já existem. Se eles são suficientemente atrativos vis-a-vis outras alternativas de investimentos é algo a ser examinado pelos empreendedores. O fato de um concorrente no mercado de tvs por satélite ter como insumo um canal com programas de excelente qualidade e com elevado interesse dos telespectadores e um outro não possuir o mesmo insumo não pode ser considerado como anticompetitivo. Na verdade, a competição esperada entre estas tvs é justamente poder concorrer entre si oferecendo as opções desejadas pelos consumidores deste tipo de serviço. A capacidade de fazê-lo depende dos concorrentes no mercado e não da concorrência. Esta estará presente, com ofertantes mais ou menos capazes de satisfazer a demanda presente neste mercado.

Estes são os meus argumentos para justificar a minha decisão pelo arquivamento do presente processo.

Brasília, 20 de junho de 2001

THOMPSON ANDRADE
Conselheiro

