

***VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO AFONSO ARINOS DE MELLO
FRANCO NETO***

A Representação

A representante é a TVA Sistema de Televisão SA, no interesse do seu serviço de DTH, denominado DirecTV.

As representadas são TV Globo Ltda e TV Globo São Paulo Ltda, ambas designadas em conjunto como Globo.

A conduta em questão consiste na recusa da representada a celebrar contrato de autorização para que a programação de TV aberta da Globo seja distribuída pela TVA em condições não discriminatórias, similares àquelas em que se dá o fornecimento da mesma programação a outra prestadora do mesmo serviço, denominada Sky, recusa que se manifestou na falta de resposta à solicitação da representante.

A Sky pertence à empresa NetSat Serviços Ltda, associada à representada e pertencente à Net Brasil SA, do grupo Globo.

A TVA alega que a programação de TV aberta da Globo, por seu domínio de mercado, é de presença imprescindível em qualquer serviço de DTH que queira competir com a Sky nos mercados locais onde ela a transmite (atualmente, em Porto Alegre, Belo Horizonte, Rio de Janeiro e São Paulo): "...estando a preferência, os gostos e sobretudo o hábito do telespectador fortemente condicionados pela programação da rede aberta, em particular pela programação da líder nacional de audiência, a dificuldade de acesso à distribuição da programação dessa modalidade de serviço constitui-se em expressiva barreira à entrada no submercado relevante de serviços DTH, para o qual não existe a obrigatoriedade de distribuição dos sinais da rede aberta, diferentemente do caso da TV a cabo..."(fls06)

Quanto à possibilidade de acesso à tal programação pelo sinal aberto convencional, a representante argumenta que a possibilidade do assinante de DTH comutar entre as antenas de DTH e a normal traz os problemas, dentre outros, de que muitas residências não possuem antena adequada ou estão mal posicionadas geograficamente para receber o sinal de redes abertas, e de que os telespectadores terão de fazer trocas sucessivas e repetidas entre as posi-

ções do seletor para assistir a programações dos dois sistemas, causando desconforto e desestimulando o usuário.

A qualidade da recepção pode variar entre a TV a cabo e o sistema MMDS, duas modalidades de TV por assinatura, de acordo com características do meio físico (topografia, densidade de prédios altos, etc), já que o sinal do MMDS é transmitido por microondas, ponto a ponto, na linha de visão. A representante ameniza os custos da ausência do sinal pleiteado para o sistema MMDS, em relação aos alegados custos enfrentados pelo sistema DTH, já que, segundo a TVA, "O assinante de um sistema que utilize esse sistema (MMDS), no entanto, pode receber os canais abertos, desde que disponha de uma antena 'normal', o que não causa qualquer desconforto operacional em relação ao sistema de cabo".

A representante pleiteia que lhe seja dada a oportunidade de transmitir os sinais de TV aberta da Globo, a preços não discriminatórios com relação ao pagos pela Sky, em todos os mercados locais para onde a Sky também os transmita.

O inciso XIII do art 21 qualifica como infração à ordem econômica a conduta de: "recusar a venda de bens ou a prestação de serviços , dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais"

As condutas do art 21 só configuram infrações na medida em que também atendam hipótese prevista no art 20. A recusa de venda só é ilícita na medida em que serve como instrumento de abuso do poder econômico, ou seja, a representante deve provar que a recusa em contratar é exclusionária ou anticompetitiva no sentido econômico. Não havendo a hipótese, nenhum agente econômico é obrigado a contratar com quem não deseja, sendo lícita a recusa.

Para que a recusa seja anti-concorrencial, por sua vez, é necessário que o bem cuja venda é recusada seja essencial para permitir a concorrência de quem o pleiteia com quem o recusa.

A definição de facilidade essencial (essential facility), entretanto, não se adapta perfeitamente ao bem cuja venda é recusada. A facilidade essencial, em geral, deve ter características de escala que configuram barreiras à entrada praticamente intransponíveis pelo lado da oferta (caso de pontes, portos, meios de transporte, outros bens de capital). A programação televisiva tem características únicas que configuram um mercado de produtos diferenciados pela demanda. A diferenciação do conteúdo da programação entre con-

correntes na distribuição não necessariamente configura os impedimentos à concorrência inerentes ao conceito de facilidade essencial.

O problema analisado pela ANATEL em seu parecer é o de definir o caráter de essencialidade da programação da Globo, no que se refere à viabilidade da concorrência da DirecTV com a Sky no mercado de distribuição de TV por assinatura, e em particular na modalidade DTH.

Mercados relevantes de produto

Os serviços de radiofusão compreendem a transmissão de sons (radiofusão sonora), e a transmissão de sons e imagem (televisão), destinados a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral (regulamento dos serviços de Radifusão Decreto 52795/95)

O serviço de cabo compreende a distribuição de programação de televisão por meio físico, especificamente cabeamento subterrâneo ou aéreo, até o ponto de utilização. O serviço de MMDS corresponde à distribuição de programação de televisão pelo ar, através de microondas emitidas em linha reta por antenas localizadas estrategicamente até a antena receptora ligada ao aparelho do assinante. O serviço de DTH (Serviços de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite) compreende, basicamente, a distribuição de programas de televisão, por meio da transmissão, via satélite, de sinais codificados a serem recebidos diretamente no local determinado pelo assinante. No caso da banda Ku, a recepção se dá através de uma antena parabólica de 60 cm e um decodificador/receptor integrado. No caso da banda C, através de uma antena parabólica de maior tamanho, que caminha para o obsoleto tecnológico.

Os serviços de programação são realizados por empresas que realizam a própria produção de conteúdo televisivo, ou o adquirem de outra empresa especializada nessa função, organizando com aquele conteúdo grades com programas para serem distribuídos seja pela TV aberta (radiofusão), seja pela TV por assinatura.

A TVA e a Globo são operadoras dos serviços de distribuição de televisão multicanal por assinatura (TV por assinatura) em mais de uma modalidade. TVA e GLOBO são operadoras, em âmbito nacional, de distribuição de TV por assinatura por DTH, respectivamente, os serviços DirecTV e Sky. A TVA também é operadora de distribuição de TV por assinatura nas modalidades de cabo e MMDS, em vários mercados locais onde detém concessão para tal. A Globo também detém várias concessões para distribuição local dos

mesmos serviços pela modalidade de cabo. A Globo também atua como produtora e programadora de conteúdo televisivo, tanto para a TV aberta quanto para a TV por assinatura.

Temos assim, a princípio, dois mercados relevantes de produto: o de distribuição de programação televisiva e o de programação de conteúdo televisivo, que podem ser subdivididos em sub-mercados. Dentro da distribuição de programação televisiva há uma primeira distinção importante entre a distribuição de TV aberta e a de TV por assinatura. Essa distinção do meio de distribuição também determina uma distinção no mercado de programação de conteúdo entre a programação para TV aberta e a programação para TV por assinatura. A distribuição de TV por assinatura admite ainda a distinção entre as diferentes modalidades de meios de distribuição: o cabo, o MMDS e o DTH.

Quanto à delimitação geográfica dos mercados, os mercados de distribuição de TV aberta, e os de TV por assinatura nas modalidades de cabo e MMDS, são intrinsecamente locais, porque operam sob concessão pública em áreas de limites geográficos definidos, embora não necessariamente coincidentes. Já o mercado de distribuição de TV por assinatura na modalidade DTH é nacional, dadas as características especiais da transmissão dos sinais por satélite, com abrangência em todo o território brasileiro.

Na dimensão do produto, o serviço de distribuição de TV por assinatura tem várias características que o distinguem do serviço de TV aberta tanto dos pontos de vista da demanda quanto pelo da oferta. Pelo lado da demanda, as principais distinções são:

a) O maior número de canais permitido pela tecnologia e, por conseguinte, a maior variedade de programações disponíveis, o que põe ao alcance do usuário, a qualquer tempo, alguma programação da sua predileção, dentre as várias categorias genéricas pelas quais se distribuem as preferências dos consumidores, como esportes, filmes, notícias, turismo, etc.

b) A maior qualidade de imagem que em geral pode ser obtida em condições normais (médias) de condições atmosféricas e localização geográfica do usuário.

c) O acesso restrito e pago.

A variedade de programação é talvez um traço determinante de distinção da TV por assinatura. Tanto a variedade é importante para a demanda, que sistemas com capacidade de transmitir um número menor de canais se tornam obsoletos e são substituídos pelos de maior capacidade. Sendo a variedade a dimensão que define a demanda, a diferenciação de conteúdo da programação disponível é uma característica intrínseca do produto relevante de TV por assinatura.

A distinção, pelo lado da demanda, entre as diferentes modalidades de serviços de distribuição de TV por assinatura, cabo, mmhs e dth, se dá principalmente pelo preço, já que são aproximadamente equivalentes quanto à suas capacidades e qualidades de transmissão de sinais televisivos.

Os serviços de programação são realizados por empresas nacionais e estrangeiras. A maior parte das grades de programação (canais) distribuídas na TV por assinatura é produzida por empresas estrangeiras e importada com algumas adaptações do seu conteúdo ao mercado brasileiro, que incluem dublagem ou subtítuloção.

Restrições de acesso à programação como estratégia de predação

O potencial risco anti-concorrencial envolvido na conduta de recusa de contratar está, em última análise, relacionado com a possibilidade de que tal recusa esteja sendo praticada com a intenção ou o efeito de predação de mercados. Estratégias de predação são ações pré-meditadas para causar prejuízos, aumentar os custos de operação ou de entrada de empresas rivais no mesmo mercado, através do cerceamento da demanda pelos seus produtos ou da limitação da oferta de insumos para elas.

Uma empresa pode prejudicar economicamente a outra tomando iniciativas que reduzem a receita de vendas da rival ou que aumentam os custos da rival com a compra de insumos. As formas de produzir esses efeitos são as práticas de estratégias para reduzir a demanda pelos produtos da rival ou reduzir a oferta de insumos para ela, em medidas suficientes para afetar os preços. Se uma empresa pretende cercear a demanda de uma rival no mesmo mercado, então ela deve induzir os compradores desse mercado de produto, inclusive os seus próprios clientes, a não comprar da rival. Se a empresa pretende limitar a oferta de insumos para a concorrente, então ela deve convencer os fornecedores daquele mercado de insumo, inclusive possivelmente os seus próprios fornecedores, a não fornecer para a rival.

Há várias situações econômicas que justificam ou racionalizam a intenção e a disposição das empresas para pôr em prática estratégias de predação.

Uma dessas situações pode ter origem na natureza irrecuperável dos custos de instalação de uma planta, que devem ser recuperados ao longo do tempo pelo influxo de lucros operacionais.

Suponha-se o caso de uma empresa que tenha uma parte importante dos seus investimentos em instalações e equipamentos na forma de custos irrecuperáveis, isto é, bens de capital sem valor considerável no mercado secundário. A natureza irrecuperável do capital reduz a zero o seu custo de oportunidade para a firma. Depois de incorridos os custos de investimento, a firma espera poder recuperá-los com receitas operacionais em valor que seja no mínimo suficiente para cobrir as despesas operacionais e as amortizações do investimento.

Suponha-se que outra firma surge com a intenção de ingressar ou de aumentar sua participação no mesmo mercado. Como uma redução da participação da firma estabelecida ameaça seus lucros prospectivos, é natural que ela considere meios de defender-se do crescimento da rival, ou de fazê-la desistir do seu intento de ingressar no mercado. Além disso, porque o seu custo de oportunidade do capital é zero, a firma estabelecida estará disposta a gastar uma soma de recursos com a prevenção da entrada de concorrentes, até o valor que ainda lhe permita cobrir as suas despesas operacionais com o que sobrar.

A conclusão é que a firma estabelecida teria motivos econômicos para decidir compensar, com seus próprios recursos, a participação de outras firmas numa estratégia de predação visando prejudicar a entrada ou o crescimento de uma concorrente.

Outras modalidades de estratégia de predação em um mercado envolvem a imposição de danos ao concorrente com a colaboração de outras empresas arregimentadas, não à custa de uma compensação como no exemplo anterior, mas sob uma ameaça de punição da empresa que procura se beneficiar com a estratégia. Essas ameaças podem assumir a forma de recusas a contratar por parte da empresa que pratica a predação, e podem ser tanto recusas a comprar um insumo quanto recusas a vender seu produto.

Se a firma estabelecida tem uma rival entrante, então ela pode ameaçar deixar de comprar insumos de um certo fornecedor se este se recusar a

boicotar o fornecimento ao rival. A firma estabelecida também pode ameaçar deixar de vender para algum cliente que se recusar a boicotar a procura pelos produtos do rival.

Para que as ameaças sejam efetivas para induzir os ameaçados a colaborar com aquele que pratica a estratégia de preclusão é preciso que esta última tenha poder de mercado, seja como compradora, no mercado de insumo, seja como vendedora, no mercado do seu produto. É o poder de mercado, entendido como a capacidade de alterar os preços de equilíbrio com as suas decisões de oferta ou demanda, que daria à firma estabelecida os meios de impor custos relevantes com suas ameaças às outras participantes. A recusa de adquirir por parte de uma grande compradora ou a recusa de fornecer por parte de uma grande produtora, podem significar um ônus relevante devido aos seus efeitos sobre os preços a que serão obrigados a negociar os parceiros que não se subjugarem.

Em suma, uma firma com poder de mercado como compradora no mercado de insumo pode, a princípio, usá-lo para cooptar fornecedores numa estratégia de sonegação de fornecimento a um rival no mercado do seu produto. Analogamente, uma firma com poder de mercado no mercado no seu próprio produto pode, a princípio, empregá-lo para convencer os compradores a boicotar o produto de um rival no mesmo mercado.

Note-se que, até aqui, nenhum argumento dependeu de que estivesse presente qualquer grau de integração vertical na cadeia de insumo e produto. Qual é então o papel relevante da integração vertical (ou mais geralmente das restrições verticais) para essas estratégias de predação ?

A integração vertical não é, portanto, uma condição necessária para dar racionalidade econômica às estratégias de predação referidas. No entanto, a presença de integração vertical aumenta a plausibilidade de tais estratégias porque podem favorecer a coordenação de interesses para viabilizá-las. Os vínculos societários entre empresas verticalmente relacionadas podem facilitar a cooptação mútua em torno de ações de predação contra uma rival no mercado a montante ou no mercado a jusante.

A empresa do grupo, atuante como fornecedora no mercado de insumo, pode restringir o seu fornecimento a uma empresa rival do grupo, atuante no mercado de produto, com o intuito de, causando-lhe prejuízos, proteger o poder de mercado da sua própria coligada, atuante no mercado de produto.

Simetricamente, a empresa do grupo, atuante no mercado de produto, pode recusar a compra de insumos fornecidos por outra empresa rival do grupo e atuante no mercado a montante, com o intuito de, impondo-lhe um custo adicional, proteger o poder de mercado da sua própria coligada que atua no mesmo mercado de insumo.

Resta notar, contudo, que para serem capazes de causar dano efetivo às concorrentes, as empresa que se recusam a contratar continuam tendo que comandar um poder de mercado considerável nos seus respectivos mercados. Em outras palavras, a empresa a montante que pretende prejudicar outra empresa a jusante concorrente no mesmo mercado da sua coligada, deve ser uma importante fornecedora no mercado do insumo, caso contrário sua ação não teria influência sobre os preços de compra enfrentados pela rival. Do mesmo modo, a empresa a jusante, que visa causar prejuízos a uma outra empresa fornecedora de insumos, concorrente da sua coligada atuante no mesmo mercado, tem que ser uma grande compradora do insumo, senão a sua recusa de adquirir não teria efeitos sobre os preços de venda conseguidos pela rival.

O quadro exposto acima pode servir para pôr em perspectiva o relacionamento entre as empresa do grupo Globo e as outras empresas atuantes nos mercados de programação e de distribuição de TV por assinatura.

O grupo Globo reúne empresas verticalmente integradas nos mercados de programação (para canais de TV por assinatura e de TV aberta) e de distribuição de TV por assinatura (empresas de cabo e DTH) em vários mercados locais. Há outras empresas atuantes nos mercados de modo que, em geral, elas também atuam na distribuição de TV por assinatura em vários dos mesmos mercados geográficos locais, além de que também existem outras empresas independentes atuando no mercado de programação (para canais de TV por assinatura e TV aberta).

O efeito sobre a eficiência econômica da integração vertical entre distribuidoras e programadoras de televisão é ambíguo. Por um lado, como visto, a verticalização pode aumentar a plausibilidade de ações predatórias, como por exemplo, através da recusa de uma programadora de vender a uma distribuidora rival do grupo, ou da recusa de uma distribuidora de comprar programas produzidos por uma empresa rival do grupo. Por outro lado, contudo, a integração vertical e as restrições de exclusividade inerentes a ela, também podem produzir eficiências, por exemplo, por favorecer o desenvolvimento da atividade de programação, ou por reduzir os riscos financeiros e mercadológicos inerentes ao seu lançamento.

Dada a possibilidade de que a integração vertical gere seus próprios ganhos de eficiência, o foco da ação anti-truste não deve ser a verticalização em si, mas o eventual favorecimento que traz para as ações estratégicas de predação.

A alegada conduta de recusa do grupo Globo a vender programação para distribuição pela DirecTV seria, em tese, anti-concorrencial, na medida em que configurasse uma estratégia do grupo Globo para aumentar os custos de compra de programação para a DirecTV, favorecendo concorrencialmente as empresas do grupo Globo que também atuam nos mesmos mercados de distribuição de TV por assinatura.

Como já foi argumentado, uma condição necessária para que tal recusa de contratar configurasse uma estratégia deliberada de predação é de que o grupo Globo comandasse um poder de mercado considerável no fornecimento de programação para TV por assinatura, visto como o insumo para a atividade a jusante de distribuição de TV por assinatura nos mercados locais.

Nesse quadro analítico, o poder de mercado que o grupo Globo teria no mercado de fornecimento de programação para a TV por assinatura corresponderia à noção largamente explorada nos autos de essencialidade do insumo. O paralelo entre os conceitos se daria no seguinte sentido. A programação fornecida pela Globo, exclusivamente às empresas distribuidoras de TV por assinatura do próprio grupo, seria um insumo essencial para as empresas distribuidoras rivais se a sua sonegação causasse a estas últimas um aumento de custo considerável, montando em um prejuízo suficiente para desencorajar a atuação dos concorrentes da Globo no mercado de distribuição de TV por assinatura.

Note-se que, para efeitos de análise da conduta em tela neste processo, a sonegação, cuja motivação anti concorrencial se procura caracterizar, se aplicaria somente quanto ao fornecimento programação de TV aberta local. O grupo Globo produz vários outros canais de programação para TV por assinatura, que, potencialmente, também poderiam ser considerados como insumos importantes, individualmente ou em grupo, numa estratégia de preclusão de fornecimento aos concorrentes no mercado de distribuição. Contudo, a alegação de conduta anti-concorrencial da representação se restringe à sonegação de oferta da programação da TV aberta local, que deve, portanto, ser enfocada individualmente.

A ANATEL, em seu parecer, conclui que a disponibilidade do sinal da TV aberta da Globo não é um insumo essencial para as empresas atuantes no mercado de distribuição a partir de um teste empírico das seguintes hipóteses, que teriam que ser confirmadas no caso contrário:

1) Nos mercados locais onde a Sky transmite o sinal de TV aberta da Globo a sua participação no mercado de DTH teria que ser maior do que a da DirecTV

2) A evolução no tempo da participação da Sky no mercado de DTH deveria ser diferente entre os mercados locais onde ela transmite o sinal da TV aberta da Globo e os locais onde o sinal da TV aberta não é transmitido

Tendo encontrado evidências negativas sobre as hipóteses, a ANATEL conclui pela ausência de essencialidade do sinal da TV aberta da Globo para a atividade de distribuição de TV por assinatura por DTH, e portanto pela inexistência de conduta infrativa à concorrência.

Considero correta a concepção lógica do teste proposto pela ANATEL e concordo que o resultado obtido indica que o sinal de TV aberta da Globo, por si só, aparentemente não é um insumo essencial para a atuação competitiva da DirecTV no mercado de TV por assinatura.

Devo adicionar que a perspectiva previsível da desvantagem que tal falta significaria, tampouco serviu para desencorajar o ingresso da DirecTV no mercado brasileiro de DTH. Como a garantia legal de necessidade de autorização da Globo para a utilização do seu sinal de TV aberta já vigia à época do ingresso da DirecTV no mercado, deve-se presumir que tal perspectiva já poderia ser perfeitamente antecipada na época e foi devidamente levada em conta na decisão da DirecTV de competir mesmo sem tê-lo disponível na sua grade de programação.

Considero, portanto, que as evidências trazidas pela ANATEL, juntamente com todas as outras informações dos autos, contribuem para indicar a ausência de poder de mercado do grupo Globo no mercado de programação para TV por assinatura que, conforme consta dos autos, engloba a oferta de uma grande variedade de empresas, a maior parte delas estrangeiras. Concluo, portanto, pela ausência de indícios firmes de intenção ou efeito de prática de estratégia de predação contra concorrente pela Globo.

Devo adicionar, contudo, a observação de que alguns aspectos importantes do presente caso deixaram de ser devidamente examinados pela ANATEL. Na sua metodologia de análise a ANATEL desprezou a possibilidade, já descrita acima, da presença de condições propícias para a prática de preclusão não no mercado de distribuição, mas no mercado de programação de TV por assinatura.

Dada a integração vertical verificada entre as empresas do grupo Globo entre os mercados de programação e de distribuição de TV por assinatura, se ficasse comprovado poder de mercado considerável do grupo Globo em algum mercado local de distribuição, então se tornaria plausível a possibilidade de que as empresas de distribuição do grupo Globo pudessem recusar a compra de programação fornecida por outras empresas concorrentes com o intuito de prejudicá-las, enfraquecendo suas condições de concorrência com as empresas programadoras do próprio grupo.

A ANATEL não levou em consideração essa possibilidade, porque considerou na sua análise somente uma vertente do conjunto de ações estratégicas favorecidas por um ambiente de integração vertical nos mercados. Tanto é assim, que não foram levantados dados precisos de participação das diversas empresas de diferentes grupos, nos mercados geográficos distintos de distribuição de TV por assinatura. O conhecimento dessas participações, que devem incluir todas as modalidades de cabo, mmds e dth, seria importante para se poder aferir os indícios de tais condutas.

Por sua vez, o estudo aprofundado da viabilidade dessas condutas é importante para se avaliar a situação concorrencial a que está exposto um setor muitas vezes citado nos autos como de crucial importância para a economia brasileira, que é a indústria de programação de conteúdo nacional.

As representadas, em particular, reiteradas vezes citaram nos autos a proteção das condições concorrenciais para a indústria de programação de conteúdo nacional como um objetivo focal da defesa da concorrência nos mercados nacionais.

Paradoxalmente, a possibilidade, em tese, de que as empresas distribuidoras de TV por assinatura do grupo Globo, incluindo cabo, MMDS e DTH, possam utilizar uma eventual posição de domínio de mercado visando a monopolização do mercado de programação de conteúdo nacional, deve ser examinada no interesse da defesa da concorrência.

Considerando todo o exposto, decido em consonância com as conclusões do parecer da ANATEL, dando provimento ao Recurso de Ofício para determinar o arquivamento da presente representação. Sugiro adicionalmente à ANATEL, que seja realizado um levantamento completo e acompanhamento ao longo do tempo das participações de todas as empresas de distribuição de TV por assinatura em cada mercado relevante geográfico do território nacional, e das participações das empresas programadoras de conteúdo nacional e estrangeiras.

Sugiro por fim, que tais dados sejam disponibilizados ao CADE para fins de proporcionar o exame das consequências concorrenciais dos futuros atos de concentração nesses mercados, em particular com respeito aos efeitos de integração vertical entre os mercados de distribuição de TV por assinatura e de programação de conteúdo nacional.

É o Voto

Brasília, 20 de junho de 2001

Afonso Arinos de Mello Franco Neto

Conselheiro