



É preciso afastar regime de serviço público da TV a cabo

A modalidade de TV mais popular é a TV por radiodifusão, conhecida como aberta, eis que acessada gratuitamente pela quase totalidade da população, e regulada por um ordenamento jurídico especial, qual seja, a Lei 4.117/62. Por sua vez, a TV a cabo representa uma modalidade de TV por assinatura, cujo acesso ao sinal depende do pagamento de uma assinatura mensal à operadora, sendo disciplinada pela Lei 8.977/95.

Do ponto de vista técnico, tanto a TV por radiodifusão quanto a TV a cabo são consideradas como modalidades de telecomunicações. Entretanto, do ponto de vista jurídico, com a Emenda Constitucional 08/95 houve a diferenciação entre as duas atividades.

Assim, a TV por radiodifusão continua regida pela antiga pela Lei 4.117/62, enquanto os serviços de telecomunicações foram disciplinados pela Lei 9.472/97 que inclusive instituiu uma autoridade reguladora para o setor, qual seja, a Anatel.

Tradicionalmente, entende-se que tanto a TV por radiodifusão quanto a TV a cabo são serviços públicos. Vale dizer, a União é a titular da atividade reputada de interesse público e submetida ao regime de direito público, razão pela qual o particular somente pode oferecer ao público o serviço, mediante concessão ou permissão.

Contudo, existem relevantes razões jurídicas para o afastamento da noção clássica de serviço público da televisão a cabo que justificam inclusive a revisão da legislação, com a adoção de um novo regime de autorização administrativa.

No Congresso Nacional discute-se, mediante o Projeto de Lei 29/2007, novas regras para o mercado de TV por assinatura. Entre outras questões, debate-se a entrada das empresas de telecomunicações no mercado de TV por assinatura e a proposta de cotas para a transmissão de conteúdo nacional. Trata-se de uma boa oportunidade para que o Parlamento afaste de uma vez o regime de serviço público da TV a cabo (e da concessão), adotando-se o regime de autorização administrativa.

Da perspectiva constitucional, cumpre destacar que o constituinte privilegiou apenas o sistema de televisão fundado no tradicional serviço de radiodifusão de sons e imagens (televisão aberta), deixando de tratar as novas tecnologias utilizadas no setor de televisão (cabo, satélite e outros).

A simples atribuição por norma constitucional de determinada competência concernente à prestação de serviços não é fator suficiente para concluir que a atividade constitui serviço público. A regra de competência sobre a prestação de serviços não tem necessariamente como conteúdo a permissão para que o Estado atue, exclusivamente, no respectivo setor. Não é possível que o setor de telecomunicações seja exclusivamente analisado em bloco. Ao contrário, é preciso que ocorra a fragmentação e a respectiva identificação das atividades que constituem os referidos setores econômicos, especificamente os serviços especializados.



Diante disso, é forçoso analisar com maior profundidade como foi tratada a matéria no campo infraconstitucional.

O velho Código de Telecomunicações (Lei 4.117/62) reconheceu diversas espécies de serviços de telecomunicações e não qualificou todos os serviços de telecomunicações como sendo serviços públicos, pois inclusive reconheceu a existência de serviços privados de telecomunicações.

Ou seja, essa realidade anterior à Constituição há de ser devidamente considerada para a compreensão da norma contida no artigo 21, XI, da Constituição Federal, em especial para saber em que medida há discricionariedade legislativa quanto à qualificação de uma dada atividade no setor de telecomunicações como serviço público. Apesar da Carta Magna consagrar que os serviços de telecomunicações devem ser regulados, nos termos definidos em lei, isto não quer dizer que todos os serviços de telecomunicações podem ser submetidos à técnica de serviço público.

Ao contrário, o constituinte optou pela discricionariedade legislativa em matéria da organização e de funcionamento dos serviços de telecomunicações, em especial quanto à escolha do regime em que será prestado o serviço; a opção entre regime público (qualificação da atividade econômica como serviço público) ou regime privado (qualificação da atividade como serviço privado). Em razão disso a Lei Geral de Telecomunicações admitiu a possibilidade de aplicação tanto do regime público quanto privado em relação aos serviços de telecomunicações.

Uma vez qualificada a atividade econômica como serviço público ou serviço privado, haverá, forçosamente, a escolha pela gestão direta ou indireta, mediante concessão (ou permissão), ou a adoção da técnica de autorização administrativa. A natureza do serviço de televisão está em direta conexão com os direitos fundamentais à liberdade de expressão, à informação, à comunicação social, à cultura, à educação, ao lazer e liberdade de iniciativa econômica.

A intensidade da regulação do serviço de televisão irá variar conforme o meio técnico empregado para a difusão dos sinais de televisão. Portanto, é perfeitamente possível que o legislador adote um regime jurídico diferenciado conforme a tecnologia empregada para a difusão dos sinais de televisão.

Desse modo, a Constituição revela um quadro de regulação muito mais intenso em relação ao serviço de televisão por radiodifusão, constituído pelos sistemas de radiodifusão privado, público e estatal do que em relação à TV a cabo. Aliás, ela prevê o princípio da complementaridade dos sistemas de radiodifusão público, privado e estatal, algo não encontrado no sistema a cabo.

Quanto ao serviço de TV a cabo, cumpre salientar que a Constituição não qualifica diretamente a atividade televisão a cabo como serviço público. A Carta Magna não impõe como dever do Estado a prestação de tal serviço, bem como não proíbe em absoluto a existência da livre iniciativa no setor de serviços de televisão a cabo.

A Constituição outorga a competência ao legislador para disciplinar o serviço de televisão a cabo, desde que respeitado o sistema constitucional de direitos fundamentais.[1] Assim, a intervenção estatal legislativa nesse setor há de ser justificada pelo princípio da razoabilidade, sob pena de



inconstitucionalidade.

Em síntese, a Constituição outorgou poderes para o legislador, ao interpretar o contexto político, econômico e social, disciplinar o serviço de televisão a cabo, o que configura o reconhecimento da discricionariedade legislativa concernente à disciplina do serviço de televisão a cabo.

O exame crítico da utilização da técnica de serviço público ao caso da TV a cabo apresenta alguns pontos dignos de maior estudo no campo infraconstitucional, em razão de inúmeras impropriedades. É sintomático o fato de que a Lei 8.977/95 não utiliza a expressão serviço público de televisão a cabo. Este silêncio do legislador é eloqüente, gerando um estado de dúvida quanto à adoção do instituto da concessão para a prestação do serviço.

Em outras partes da mesma lei reforçam a impropriedade quanto à qualificação do serviço de televisão a cabo como serviço público, a seguir analisadas.

A Lei 8.977/95 dispõe que a política de desenvolvimento do potencial de integração do Sistema Nacional de Telecomunicações e de desenvolvimento do serviço de televisão a cabo pressupõe a noção de operação privada do serviço[2]. Quer dizer, o diploma legislativo proíbe expressamente que o Poder Executivo detenha a gestão do serviço em questão. Ora, como conciliar a noção de operação privada contida na referida lei com a técnica de serviço público, a qual pressupõe necessariamente a titularidade do serviço pelo poder concedente?

Ou seja, se efetivamente a União é a titular do serviço de televisão a cabo, ao menos a administração pública deveria optar entre a gestão direta em que o serviço é prestado por um ente administrativo ou a gestão indireta, a prestação por intermédio de pessoas privadas. Ocorre que, simplesmente, a lei impõe obrigatoriamente que a prestação do serviço seja feita por empresas privadas, excluindo a gestão direta pelo Estado.

A análise do ato normativo revela a presença dos encargos específicos da administração pública, constatando-se que são, basicamente, de duas ordens: a) o dever de regular a execução do serviço de televisão a cabo; b) o dever de fiscalizar a operação privada do serviço.[3]

O legislador não impôs à administração pública o dever de, obrigatoriamente, prestar o serviço de televisão a cabo. A lei não prevê a responsabilidade dela quanto à execução do serviço, mas tão-somente impõe o dever de regulação e controle.

Ora, se a União não tem, do ponto de vista legal, responsabilidade pela prestação do serviço de televisão a cabo como é possível entender que este se enquadra no conceito tradicional de serviço público?



Como referido, do ponto de vista normativo, o Estado não pode ser compelido à prestação do serviço de televisão a cabo, pois não há, para tanto, um dever constitucional ou legal. A falta da prestação do serviço não ensejará a sua respectiva responsabilidade. Nesse caso, a sociedade não contará com o serviço — e muitos pequenos municípios brasileiros jamais contarão com o mesmo, pois sua respectiva população não possui renda o suficiente para arcar com o seu respectivo pagamento.

A classificação do serviço de televisão a cabo como serviço público apresenta um outro problema. É que se a atividade é enquadrada como serviço público o Estado, necessariamente, é o respectivo titular. O Estado, em sendo o titular, tem o dever de definir o conteúdo da prestação do serviço a ser oferecido aos usuários. Ora, como compatibilizar a técnica de serviço público com a atividade de televisão a cabo, sendo que esta está amparada constitucionalmente na liberdade de expressão e comunicação social?

Em sendo qualificada a atividade como serviço público, surge então o poder de direção e controle pela administração pública. Ocorre que uma empresa que atua no setor de prestação de serviços de televisão a cabo detém a liberdade de comunicação social. Em outras palavras, a liberdade de comunicação social não é, exclusivamente, da empresa de comunicação, mas da própria sociedade. É a sociedade brasileira que, por meio da empresa, exerce as liberdades de expressão e comunicação. Portanto, a direção estatal sobre o desempenho do serviço de televisão a cabo é incompatível com a liberdade de comunicação social.

Além disso, toda e qualquer atividade para ser qualificada como serviço público há de se referir ao interesse público. Há um núcleo material contido na Constituição que exige a relevância da atividade para o interesse público para ser qualificada como serviço público.[4] No caso em tela, o legislador expressamente dispôs, ao tratar em capítulo dedicado à proteção do serviço de radiodifusão, que a Administração Pública, ao exercer a regulação do serviço de televisão a cabo, há de considerar que o serviço de TV por radiodifusão é essencial à informação, ao entretenimento e à educação da população. [5] A lei, ainda que reconheça a competição entre a televisão a cabo e a televisão aberta, impõe o respeito pela Administração Pública, quando do exercício de sua função reguladora, da essencialidade do serviço de radiodifusão sonora e imagens.

O serviço essencial à população brasileira é o serviço de televisão por radiodifusão e não o serviço de televisão a cabo. Desse modo, é possível concluir que a própria lei considera que o serviço de televisão por radiodifusão está mais próximo da realização do interesse público (satisfação dos direitos à informação, ao entretenimento e educação entre outros) que a televisão a cabo. Talvez, daí a explicação para o fato de a lei não qualificar expressamente o serviço de televisão a cabo como serviço público.

Por outro lado, a Lei 8.977/95 dispõe que compete ao Poder Executivo baixar normas, de acordo ao interesse público, destinadas à censura dos abusos de poder econômico e ao desenvolvimento do serviço de televisão a cabo em regime de livre concorrência.[6] Ora, os abusos de poder econômico e regime de livre concorrência não são categorias típicas de serviços privados? Em que medida o regime de livre concorrência é compatível com a técnica de serviço público?



Além disso, a mesma lei prevê que o início do processo de outorga de “concessão” para o serviço de televisão a cabo pode ser desencadeado pela empresa interessada[7]. Desde quando a outorga de uma concessão de serviço público é desencadeada pelo próprio interessado? Como regra geral é a administração pública que identifica a necessidade e resolve promover a contratação, sem qualquer participação dos particulares.

A lei condiciona a implantação do serviço à presença do interesse público, mediante juízos de oportunidade e conveniência da autoridade administrativa.[8] Impõe rígidos critérios para a habilitação à prestação pela empresa interessada. No entanto, ao que parece, extrai-se do diploma legal que, uma vez definida a necessidade de implantação do serviço, mediante decisão administrativa, o particular que atender aos requisitos legais terá o direito à exploração do serviço de televisão a cabo, após a expedição do ato administrativo de outorga. Ao que parece, inexistente discricionariedade administrativa quanto à prática do ato de outorga do direito à exploração do serviço de televisão a cabo, uma vez que o particular tenha preenchido os requisitos legais.

Por outro lado, a lei dispõe que as empresas concessionárias de telecomunicações apenas serão autorizadas a operar serviço de televisão a cabo na hipótese de desinteresse manifesto de empresas privadas.[9] O diploma legal abre a possibilidade de as concessionárias de telecomunicações obterem o direito à prestação do serviço. Mas, a dúvida surge: as concessionárias de telecomunicações para obterem o direito ao desempenho do serviço de televisão a cabo dependem de uma concessão do poder público? Ou, ao contrário, podem exercer o serviço apenas com base em autorização administrativa?

Existem ainda outros problemas com a classificação do serviço de televisão a cabo como serviço público, decorrentes da análise Lei sobre TV a cabo (Lei 8.977/95), da Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995) e a Lei Geral de telecomunicações (Lei 9.472, de 17 de julho de 1997). Contudo, aqui não há espaço para a sua respectiva apresentação.

Em razão das reflexões a respeito do tema inúmeras conclusões surgem.

O serviço de televisão a cabo constitui um serviço público que não se amolda aos padrões clássicos, especialmente no campo dos serviços públicos. O seu enquadramento como serviço público não é imposto pela CF. A melhor regulação seria aplicar de uma vez por todas o regime privado, compreendendo-o como uma atividade econômica como qualquer outra submetida às leis do mercado.

A aplicação do conceito doutrinário tradicional de serviço público é incompatível com a natureza do serviço de televisão a cabo. Daí porque se sustenta que a Lei 8.997/95 deva sofrer modificação para afastar a noção de serviço público e tratar adequadamente a TV a cabo como uma atividade econômica em sentido estrito.



Primeiro, nem a Constituição nem a Lei 8.977/95 reconhecem expressamente a titularidade do Estado sobre o serviço de televisão a cabo (critério subjetivo), nem a responsabilidade estatal pela execução do respectivo serviço.

Segundo, nem a Constituição nem o próprio legislador, reconhecem a essencialidade para a população do serviço de televisão a cabo (critério material). Ao contrário, a lei afirma como sendo serviço essencial o serviço de televisão por radiodifusão. A atividade é importante para a comunidade à medida que gera utilidades, porém não é essencial para justificar a responsabilidade da Administração Pública pela execução do serviço.

Terceiro, o regime do serviço adotado pela lei não é integralmente de direito público, pois incorpora institutos do direito privado (critério formal). Por exemplo, adota um regime de liberdade de preços e de gestão exclusivamente privada.

Quarto, o serviço de televisão a cabo aproxima-se muito da tradicional categoria de serviços públicos impróprios ou virtuais (ou para outros serviços públicos não privativos do Estado). Ele se aproxima da noção de serviço de utilidade pública: atividade privada de relevante interesse coletivo não titularizada pelo Estado.[10]

Espera-se a evolução do direito a fim de permitir que a categoria clássica do serviço público ocupe realmente lugares proeminentes e de relevância. Vale dizer que uma determinada atividade seja qualificada como serviço público por estar diretamente atrelada à realização de direitos fundamentais.

No caso da TV a cabo trata-se de uma atividade importante, porém secundária à luz dos valores constitucionais. O serviço de TV por radiodifusão já tradicionalmente ocupa o papel de serviço público colocado à disposição da coletividade. Assim, é preciso que ocorra a reforma da legislação de modo a afastar a noção clássica de serviço público da atividade de TV a cabo, adotando-se um regime de mera autorização administrativa, de modo a estimular a competição entre os operadores privados. A proposta serve à harmonização do direito, bem como o respeito à noção clássica de serviço público, para que a mesma seja utilizada com absoluta propriedade e conveniência.

[2] Art. 4º, §1º da Lei nº. 8.977/95.

[3] Art. 10 da Lei nº. 8.977/95.

[4] Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos (comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995)**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 62.

[5] Art. 38 da Lei nº. 8.977/95.

[6] Art. 10, V e VI da Lei nº. 8.977/95.

[7] Art. 11 da Lei nº. 8.977/95.



[8] Art. 12 da Lei nº. 8.977/95.

[9] Art. 15 da Lei nº. 8.977/95.

[10] Bilac Pinto utiliza a expressão “serviço de utilidade pública” tanto para se referir a atividades titularizadas pelo Estado (“serviços públicos”), quanto para se referir a atividades titularizadas pela iniciativa privada. Já Caio Tácito utiliza a expressão “serviços de utilidade pública” mais restritamente, apenas para se referir às atividades privadas submetidas a autorizações administrativas, distinguindo, portanto, dos “serviços públicos”. Quer dizer, para Caio Tácito os “serviços públicos” estão diretamente associados à titularidade estatal. Vide: ARAGÃO, Alexandre Santos de. PINTO, Bilac.

Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23. Para Hely Lopes MEIRELLES a diferença entre os “serviços públicos” e os “serviços de utilidade pública” reside em um critério material, os primeiros destinam-se ao atendimento de necessidades essenciais da coletividade, enquanto os segundos destinam-se ao atendimento de conveniências da coletividade. Vide: **Direito administrativo brasileiro.** 23ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 273. E segundo Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: “O conceito de utilidade pública vem ligado à noção do bem comum. O sentido da responsabilidade, a necessidade de salvaguardar o interesse geral, faz com que o poder público exercite autoridade repressiva de controle, sempre que se encontre em jogo serviços sociais e que afetam a coletividades”. **In Os serviços de utilidade pública.** Curitiba: Empreza Gráfica Paranaense, 1940, p. 21. Conforme ainda o autor, os serviços de utilidade pública podem ser prestados por concessão, por delegação ou por participação. Op. cit., p. 8.

O autor explica:

“Há delegação, quando o Estado abre mão de funções que lhe são próprias e poderes que lhe são particulares a entidades de feição autônoma.

Há participação, quando o Estado incorpora ao seu patrimônio serviços públicos de organizações jurídicas de direito privado, os quais passam a fazer parte dos interesses da administração pelo seu grau de utilidade” (op. cit., p. 9).

Date Created

19/08/2008