

	<h1>VOTO</h1>	NÚMERO E ORIGEM:
		73/2011-GCER
		DATA:
		01/06/2011
CONSELHEIRA DIRETORA		
EMÍLIA MARIA SILVA RIBEIRO CURI		

1. ASSUNTO

Proposta de consulta pública acerca da Proposta de Novo Regulamento do Serviço de TV a Cabo, em substituição ao Regulamento do Serviço de TV a Cabo, aprovado pelo Decreto nº 2.206, de 14/04/1997, e à Norma nº 013/96-Rev/97, aprovada pela Portaria MC nº 256, de 18/04/1997.

2. REFERÊNCIAS

- 2.1. Análise nº 295/2011-GCJR, de 12/05/2011;
- 2.2. Parecer nº 715/2010/LBC/PGF/PFE-Anatel, de 06/07/2010;
- 2.3. Processo nº 53500.029132/2007.

3. RELATÓRIO

3.1. DOS FATOS

O presente Voto tem como objeto a proposta de consulta pública apresentada pela Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa (SCM) acerca do novo Regulamento do Serviço de TV a Cabo, que substituirá o Regulamento em vigor, aprovado pelo Decreto nº 2.206, de 14/04/1997, e a Norma que detalha seus dispositivos, qual seja a Norma nº 013/96-Rev/97, aprovada pela Portaria MC nº 256, de 18/04/1997.

A matéria foi relatada pelo Conselheiro João Batista de Rezende por ocasião da Reunião nº 608 do Conselho Diretor, realizada em 26/05/2011, mediante a Análise nº 295/2011-GCJR, de 12/05/2011, que introduziu relevantes alterações na proposta originalmente elaborada pela área técnica.

Naquela oportunidade, solicitei vista dos autos, com fundamento no art. 20 do Regimento Interno (RI), aprovado pela Resolução nº 270, de 19/07/2001.

São os fatos.

3.2. DO VOTO

3.2.1. Das Considerações Preliminares

A proposta em tela, que pretende submeter à consulta pública alterações na regulamentação específica do serviço de TV a cabo de forma a substituir o Regulamento e a Norma que ora o disciplinam, pode ser considerada a última etapa de um conjunto de deliberações aprovadas por este Conselho Diretor sobre os novos contornos dos processos de outorga e organização desse serviço, iniciadas com a edição, em 20/05/2010, do Despacho nº 3.911/2010-CD.

Por meio daquele instrumento, foi suspensa, cautelarmente, até a definição acerca do Planejamento do Serviço de TV a Cabo e do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), a eficácia das Portarias MC nº 388, de 29/07/1997, que aprovou o Planejamento original, e nº 399, de 18/08/1997, que o republicou, bem como da alínea *b* do item 3.1 da Norma do Serviço de TV a Cabo, em revisão, que previu que o Planejamento, relativo ao serviço, deveria conter o número de concessões a serem outorgadas em cada área de prestação.

A partir daquela deliberação, foi decidido ainda que não haveria mais limites ao número de operadoras de TV a cabo por área de prestação de serviço, dispensando licitação para a obtenção de outorga, e que o preço das concessões para sua exploração seria aquele relativo ao custo administrativo da Agência, determinando à SCM o processamento imediato das solicitações de outorgas já apresentadas junto à Anatel.

Ato contínuo à aprovação do referido Despacho, o Presidente Substituto editou o Despacho nº 5.404/2010, de 01/07/2010, ratificando a inexigibilidade de licitação para o serviço de TV a cabo.

Consolidando esses comandos, foi editada, em 03/12/2010, a Resolução nº 551, que aprovou o novo Planejamento do Serviço de TV a Cabo e do MMDS¹, *in verbis*:

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e art. 17 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO o disposto nos arts. 212 e 214 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

CONSIDERANDO o disposto na Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995;

CONSIDERANDO o Regulamento de Serviços Especiais, aprovado pelo Decreto nº 2.196, de 8 de abril de 1997;

CONSIDERANDO o Regulamento do Serviço de TV a Cabo, aprovado pelo Decreto nº 2.206, de 14 de abril de 1997;

CONSIDERANDO a Norma nº 002/94 - REV/97, aprovada pela Portaria MC nº 254, de 16 de abril de 1997;

CONSIDERANDO a Norma nº 13/96 - REV/97, aprovada pela Portaria MC nº 256, de 18 de abril de 1997;

CONSIDERANDO o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz, aprovado pela Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010;

CONSIDERANDO o constante dos autos do Processo nº 53500.000834/2004;

CONSIDERANDO deliberação tomada em sua Reunião nº 589, realizada em 25 de novembro de 2010;

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar o Planejamento do Serviço de TV a Cabo e do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), que substitui, para todos os efeitos, o Planejamento de Implantação do Serviço de TV a Cabo e Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), aprovado pela Portaria MC nº 399, de 18 de agosto de 1997.

¹ Decisão tomada no âmbito do Processo nº 53500.000834/2004.

Art. 2º Estabelecer que o Planejamento do Serviço de TV a Cabo e do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS) abrange todo o território nacional.

Parágrafo único. A área de prestação dos serviços, previstos no *caput*, pode compreender Município ou Área de Numeração do Plano Geral de Códigos Nacionais (PGCN), aprovado pela Resolução nº 263, de 13 de junho de 2001, observadas as definições constantes de regulamentação específica dos serviços.

Art. 3º Estabelecer que não haverá limite ao número de outorgas do Serviço de TV a Cabo e do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), salvo em caso de indisponibilidade de radiofrequência.

Parágrafo único. **A Anatel estabelecerá, em regulamentação específica dos serviços mencionados no *caput*, os preços públicos pelo direito de exploração dos serviços e os condicionamentos, sejam eles limites, encargos ou sujeições.**

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. (grifo nosso)

Complementando o cenário descrito, este Colegiado aprovou, por ocasião da deliberação sobre a alteração quinquenal dos Contratos de Concessão do Serviço Telefônico Comutado (STFC), referente ao ciclo 2011-2015, a supressão do § 1º da Cláusula 14.1 vigente, que veda a outorga e a transferência, para empresas do grupo econômico da concessionária do STFC, de concessão do serviço de TV a cabo em sua área de atuação²; e a edição do Ato nº 669, de 02/02/2011, que fixou, para a renovação das concessões de TV a cabo, a cobrança do valor correspondente ao custo administrativo da Agência³.

Nas três últimas deliberações acerca do tema, firmei entendimento diverso da maioria dos membros do Conselho Diretor, por dissentir da interpretação que fundamentou os instrumentos normativos delas decorrentes⁴.

Como exaustivamente detalhado no Voto nº 59/2010-GCER, de 27/08/2010, que apresentei por ocasião da aprovação do novo Planejamento de TV a Cabo e do MMDS⁵, e reiterado nos Votos nº 10/2011-GCER, de 26/01/2011, sobre o valor das concessões do serviço⁶, e nº 79/2010-GCER, de 24/11/2010, sobre as alterações na redação dos Contratos de Concessão do STFC⁷, não compartilho da opinião a partir da qual (i) o serviço de TV a cabo possa ser equiparado a um serviço prestado em regime privado, nos termos previstos pela Lei nº 9.472, de 16/07/1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), (ii) a Lei nº 8.977, de 06/01/1995 (Lei de TV a Cabo) tenha

² Decisão tomada no âmbito do Processo nº 53500.003187/2009.

³ Decisão tomada no âmbito do Processo nº 53500.008251/2010.

⁴ Estive ausente, por razão de férias oficiais, da Reunião nº 564 do Conselho Diretor, realizada em 20/05/2010, ocasião na qual este Colegiado aprovou, no âmbito do Processo nº 53500.028086/2006, relativo ao Ato de Concentração apresentado por DR Empresa de Distribuição e Recepção de TV Ltda. e Antenas Comunitárias Brasileiras Ltda., a edição do Despacho nº 3.911/2010-CD.

⁵ Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=248711&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=Cidadao-Biblioteca-Acervo%20Documental&filtro=1&documentoPath=248711.pdf>>.

⁶ Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=255151&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=Cidadao-Biblioteca-Acervo%20Documental&filtro=1&documentoPath=255151.pdf>>.

⁷ Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=252325&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=Cidadao-Biblioteca-Acervo%20Documental&filtro=1&documentoPath=252325.pdf>>.

aplicação subsidiária frente à LGT, (iii) seja possível a outorga de um número ilimitado de concessões de TV a cabo por área de prestação do serviço, e (iv) o valor da concessão deva ser aquele relativo ao custo administrativo.

Reitero, no entanto, meu posicionamento, firmado em inúmeras oportunidades, de ser necessária e urgente a abertura do mercado de TV a cabo, tendo em vista que as últimas concessões do serviço foram outorgadas há mais de 11 anos.

Nesse sentido, compartilho das louváveis intenções de se ampliar o número de prestadores do serviço, as áreas atendidas e a diversidade da programação disponibilizada aos assinantes, incrementar a concorrência no segmento de TV paga e estimular a instalação de redes de banda larga, cada vez mais capilarizadas, a serem utilizadas, entre outros fins, para a consecução dos objetivos traçados pelo governo federal mediante o Plano Nacional de Banda Larga (PNBL).

A questão – e aí reside a divergência – é como realizar a tão desejada abertura.

Em 19/03/2003, o Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), analisando o pedido de reexame da Decisão nº 230/2001/TCU-Plenário apresentado por esta Agência, em que foram aprovados, com ressalvas, o primeiro, o segundo e o terceiro estágios relativos ao acompanhamento da Licitação nº 002/99-TVC-SCM/Anatel, bem como expedidas determinações acerca das futuras licitações para concessões do serviço de TV a cabo, exarou o Acórdão nº 231/2003/TCU-Plenário, decidindo:

9.1. conhecer deste pedido de reexame para, no mérito, considerá-lo parcialmente procedente, para tornar insubsistentes o item 8.3 e o subitem “b” do item 8.2 da Decisão 230/2001/TCU-Plenário, bem como para suprimir o seguinte trecho do disposto no subitem “a.3” do item 8.2 da mencionada Decisão: “previstas no art. 18, inciso IV, da Lei nº 8.987/95, e no art. 7º, inciso I, alínea a, da INTCU nº 27/98”;

9.2. dar ciência ao recorrente desta decisão.

Portanto, a Corte de Contas retificou seu entendimento anterior sobre a aplicação das Leis nº 8.987, de 13/02/1995 (Lei de Concessões), e nº 8.666, de 21/06/1993 (Lei de Licitações), nos procedimentos licitatórios do serviço de TV a cabo, confirmando, por outro lado, a determinação aprovada pela Decisão nº 230/2001/TCU-Plenário, pela qual, nas próximas licitações do serviço, a Anatel deveria, entre outros aspectos, elaborar nova metodologia de cálculo do preço mínimo que *“comprovadamente possa avaliar o real valor de mercado da outorga licitada”* e que *“inclua também a projeção do investimento necessário à instalação do serviço, bem como as receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados”*.

Assim, em que pese às relevantes reflexões trazidas pelo Acórdão nº 231/2003/TCU-Plenário, notadamente sobre as características peculiares das concessões do serviço de TV a cabo, cuja essência foi acolhida no Voto nº 59/2010-GCER, de 27/08/2010, a orientação do TCU em relação ao processo de outorga do serviço de TV a cabo limitou-se, em síntese, à mera revisão da metodologia de cálculo do preço mínimo de licitação.

O que implica dizer que, realizado o ajuste na metodologia de preço recomendado pela Corte de Contas, e executado o Planejamento do Serviço, aprovado pela Portaria MC nº 399 em vigor entre 1997 e 2010, o Brasil contaria hoje não com os 262 municípios atualmente atendidos pelo serviço de TV a cabo, mas com, pelo menos, os 950 municípios previstos na mencionada Portaria. Número que poderia ter sido ampliado, a partir da inclusão de novas áreas de prestação no Planejamento do Serviço, como chegou a ser cogitado pela Consulta Pública nº 377, de 22/04/2002, que deu origem às discussões para sua reforma.

Implementadas essas medidas, o bem estar econômico proporcionado pela abertura do mercado de TV a cabo, detectado por pesquisa realizada por servidores desta Agência, recentemente divulgada⁸, já estaria sendo usufruído pela sociedade brasileira.

Em 20/05/2010, no entanto, com a edição do Despacho nº 3.911/2010-CD, o instrumental então disponível para a outorga de novas concessões de TV a cabo foi liminarmente suspenso, dependendo agora, nos termos do parágrafo único do art. 3º da Resolução nº 551, de 2010, acima transcrito e destacado, da edição, após consulta pública e submissão ao crivo do Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional, ora inativo, do Regulamento em exame.

Dessa forma, não obstante as opiniões divergentes dos demais membros deste Colegiado, da área técnica da Agência, e da Procuradoria Federal Especializada da Anatel (PFE), cujas manifestações jurídicas sobre o tema foram ratificadas pela Advocacia-Geral da União (AGU) da qual é parte integrante, mantenho o entendimento por mim esposado nas deliberações passadas pelo qual a interpretação que dá guarida aos procedimentos de outorga já aprovados e que sustentam a proposta do novo Regulamento em tela não encontra respaldo na legislação que rege o serviço de TV a cabo.

Em outros termos, no meu entendimento, a Anatel abriu mão da segurança proporcionada por um modelo de outorgas inteiramente compatível com as regras específicas que disciplinam o serviço, consolidado⁹ e com aval da Corte de Contas¹⁰, para abraçar uma interpretação legal controversa, passível de questionamento pelos órgãos de controle – tratarei, adiante, sobre a representação do Ministério Público junto ao TCU (MP-TCU) –, e que pode, no limite, deflagrar uma disputa judicial com potencial de manter, por tempo indefinido, esse mercado fechado a novos entrantes.

3.2.2. Das Propostas do Relator e Considerações desta Conselheira

O principal ponto da proposta de Regulamento apresentada pela Análise nº 295/2011-GCJR, de 12/05/2011, é não só enquadrar o serviço de TV cabo no rol dos serviços prestados em regime privado como também, a despeito do previsto no art. 6º da Lei de TV a Cabo¹¹ e no art. 212 da LGT¹², outorgar o serviço mediante autorização.

Registre-se que a mencionada proposta tem o aval da PFE que, por meio do Parecer nº 715/2010/LBC/PGF/PFE-Anatel, de 06/07/2010, opinou que:

⁸ MENDES, Karla. *Mudança na TV a cabo pode conectar mais 4,4 milhões à banda larga*, in: **O Estado de São Paulo**, 27 de maio de 2011, p. B14.

⁹ É de se notar que todas as concessões do serviço de TV a cabo outorgadas pela Anatel foram fruto de processos licitatórios, realizados entre 1998 e 2000. As primeiras concessões do serviço são originárias das autorizações do Serviço de Distribuição de Sinais de TV por Meios Físicos (DISTV), tendo sido convertidas pelo Ministério das Comunicações.

¹⁰ Depois dos ajustes recomendados pelo TCU.

¹¹ Art. 6º Compete ao Poder Executivo a outorga, **por concessão**, do serviço de TV a Cabo, pelo prazo de quinze anos, podendo ser renovado por períodos sucessivos e iguais.

¹² Art. 212. **O serviço de TV a Cabo, inclusive quanto aos atos, condições e procedimentos de outorga, continuará regido pela Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995**, ficando transferidas à Agência as competências atribuídas pela referida Lei ao Poder Executivo.

- a) Todas as questões atinentes ao STVC, por força do disposto nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.977/1995, devem ser interpretadas a partir da confluência e da harmonização entre os dispositivos específicos da Lei do Cabo e os padrões regulatórios instituídos pela LGT;
- b) Em conformidade com o modelo instituído pela LGT, o STVC deve ser considerado como uma espécie de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, prestado sob o regime privado, com a ressalva de que está submetido às condicionantes específicas previstas na Lei nº 8.977/1995;
- c) **A outorga de STVC por meio de contrato de concessão, bem como a sujeição de sua vigência a termo final, tal como previsto na Lei do Cabo (art. 6º), contraria princípios fundamentais do sistema jurídico estabelecido pela LGT, posto que submete um serviço prestado no regime privado a condicionamentos jurídicos excessivos, que atingem, de forma desmedida, a livre iniciativa, sem vinculação com qualquer finalidade pública relevante;**
- d) **Demonstra-se mais adequado que a outorga do Serviço de TV a Cabo seja formalizada por meio de Termo de Autorização, não sujeito a termo final de vigência, na forma do que preceituam os artigos 131, § 1º e 138 da LGT, sugerindo-se a alteração da proposta de Regulamento quanto a esse aspecto;**
- e) Deve-se averiguar a conveniência de, no Regulamento do STVC, ser estabelecida a interpretação da Anatel acerca do disposto no art. 15 da Lei do Cabo, que trata da relevante questão da participação das Concessionárias de STFC no mercado de TV a Cabo, sobre a qual pairam interpretações divergentes e considerável grau de insegurança jurídica;
- f) Por força do disposto no art. 4º, § 2º, da Lei do Cabo, a presente proposta de Regulamento deve ser submetida ao crivo do Conselho de Comunicação Social. (grifo nosso)

A opinião exarada pela PFE, como também outras peças por ela produzidas acerca do tema, foi, como já mencionado, ratificada pela AGU.

Nesse sentido, é entendimento do Conselheiro Relator que “*não pairam quaisquer dúvidas de que o STVC é um serviço de interesse coletivo, prestado no regime privado, dado que o entendimento se apresenta consolidado no meio jurídico*”. E que “*qualquer interpretação sistemática da legislação que considere a possibilidade de adoção de preceitos fundamentais de forma mista ou híbrida, se apresenta totalmente impróprio, dado não haver qualquer respaldo legal, nem mesmo por interpretação sistemática, haja vista que pelo disposto na LGT a convivência das outorgas em vigor e as novas outorgas tinha prazo definido para acabar*”.

Em primeiro lugar, não me parece adequado considerar que o entendimento que busca suportar a proposta em tela esteja “*consolidado no meio jurídico*”. Deve-se lembrar que a própria PFE, no âmbito do processo relativo ao Planejamento do Serviço de TV a Cabo e do MMDS apresentou, em duas oportunidades, opinião divergente acerca da aplicação direta do regime privado de prestação para o serviço de TV a cabo, a saber mediante o Parecer nº 636/2004/PGF/PFE/MCBS-DHMS/Anatel, de 15/12/2004, e o Parecer nº 102/2010/ALO/PGF/PFE-Anatel, de 25/01/2010, ambos posteriormente revistos.

Além disso, se esse entendimento estivesse mesmo consolidado, não teria sido objeto de representação, com requerimento de Medida Cautelar, do MP-TCU. Da mesma forma, não teria sido rechaçado pela Corte de Contas, o que efetivamente o foi.

Nesse contexto, importantíssimo destacar que, embora não tenha sido concedida a cautelar pleiteada pelo MP-TCU, por ausência do requisito do *periculum in mora*, o TCU, mediante Despacho do Ministro José Jorge, de 08/04/2011, reconheceu o *fumus boni juris* da representação julgada, nos seguintes termos:

11. Quanto ao requisito do **fumus boni juris**, manifesto-me de acordo com a análise empreendida pela 2ª Sefid. Com efeito, as medidas que integram o novo regime de outorga (“Planejamento do

Serviço de TV a Cabo e do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal – MMDS”), ante o seu caráter eminentemente privatístico (prestação dos serviços em regime privado), vão de encontro, num juízo de cognição sumária: 1º) às normas que hoje disciplinam a entrega de tais serviços a particulares, especificamente os arts. 11 a 15 da Lei nº 8.977/95; 2º) ao art. 6º deste diploma legal, o qual afirma, de maneira taxativa, que a outorga do serviço de TV a cabo deve realizar-se por meio de concessão; e 3º) as decisões deste Tribunal.

12. A Lei de TV a Cabo estabeleceu, em seus arts. 11 a 15, regras para a outorga do serviço, prevendo a publicação de ‘edital’ convidando os interessados a apresentar suas propostas e determinando que o “*processo de decisão sobre outorgas*” incluísse, entre outras condições, critérios que permitissem a seleção entre os vários proponentes e a adequação da área de prestação do serviço à viabilidade econômica da operação, nos termos da regulamentação específica. Previu, ainda, a possibilidade de prestação do serviço de TV a cabo pelas “*concessionárias de telecomunicações*”, desde que caracterizado o “*desinteresse manifesto*” por outras empresas.

14. Como bem ponderou o Procurador-Geral do MP/TCU (autor da Representação), “*a aceitação de um regime jurídico quase privado não significaria a utilização de um sistema essencialmente privado, tal como o novo modelo concebido pela Anatel, em que as outorgas de Serviço de TV a cabo (STVC) passam a ser tratadas como simples autorizações, reguladas inteiramente pela LGT, dispensando as exigências da lei específica*”.

15. Em apertada síntese, a Anatel, por meio de recentes disposições normativas, tem procurado modificar essa realidade para implementar um novo modelo de prestação dos serviços de TV a cabo, antes mesmo de o Congresso Nacional alterar o atual marco regulatório, objeto de discussão no âmbito do PLC 116, em trâmite no Senado Federal. (grifos no original)

Da mesma forma, o prolapado “*entendimento consolidado*” não encontra abrigo na literatura especializada do setor. A partir de rápida revisão bibliográfica, é possível encontrar interpretações absolutamente divergentes daquela defendida pelo Conselheiro Relator.

Para Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, em obra dedicada ao Direito das Telecomunicações, a LGT deve ser aplicada subsidiariamente à Lei de TV a Cabo, e o referido serviço não se enquadra no regime privado de prestação, como defendido por esta Conselheira, em consonância com a leitura realizada pelo TCU. E, de forma a ampliar ainda mais a controvérsia, para o autor, a concessão do serviço de TV a cabo aproxima-o não do regime privado e sim do regime público estabelecido com o advento da LGT:

O serviço de TV a Cabo é regido por lei própria, razão pela qual não há que se falar no seu enquadramento nos regimes público ou privado, tal como estes regimes foram desenhados pela LGT.

De toda forma, é indubitável que o regime jurídico aplicável à prestação do serviço de TV a Cabo se aproxima do regime público, já que a Lei nº 8.977/95 define que o instrumento de outorga por meio do qual o Poder Executivo confere a uma pessoa jurídica de direito privado o direito de executar e explorar o Serviço de TV a Cabo é a concessão.

Ressalte-se que a Lei Geral será aplicável subsidiariamente à Lei nº 8.977/95, já que é clara a intenção do legislador de aproximar o regime de prestação dos serviços de TV a Cabo dos serviços de telecomunicações em geral (ainda que, em certos aspectos, em especial em relação aos critérios subjetivos para a outorga, a proximidade seja maior com os serviços de radiodifusão). Não é por outra razão que o art. 1º da Lei nº 8.977/95 afirma que o serviço de TV a Cabo “*obedecerá aos preceitos da legislação de telecomunicações em vigor*, aos desta lei e aos regulamentos baixados pelo Poder Executivo”¹³. (grifo nosso)

¹³ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das Telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2008; p. 167-168.

Já de acordo com João Carlos Mariense Escobar, em seu *O Novo Direito de Telecomunicações*, a concessão do serviço deve ser outorgada pela Anatel segundo os dispositivos previstos pela Lei de TV a Cabo, nos termos do defendido por este Gabinete:

A outorga, pela ANATEL, do Serviço de TV a Cabo, por concessão, será dada a pessoa jurídica de direito privado que tenha como atividade principal a prestação deste serviço e que tenha sede no Brasil, sendo de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, pelo menos 51% do capital social votante.

A concessão para exploração do Serviço de TV a Cabo será formalizada mediante contrato de concessão, pelo prazo de 15 anos, renovável por períodos iguais e sucessivos, desde que a concessionária tenha cumprido, satisfatoriamente, as condições da concessão, venha atendendo a regulamentação da ANATEL e concorde em atender as exigências técnicas e economicamente viáveis, para satisfação das necessidades da comunidade, inclusive quanto à modernização do sistema¹⁴. (grifo nosso)

Então, estamos bastante distantes de um entendimento unânime sobre a questão.

Não obstante essa controvérsia, relevante avançar no exame dos argumentos jurídicos apresentados na Análise nº 295/2011-GCJR, de 12/05/2011, que buscam sustentar a proposta:

3.2.3.19. A LTVC e a LGT versam, dentre outros, que o STVC obedecerá aos preceitos da legislação de telecomunicações e aos regulamentos baixados pelo Poder Executivo, cujas competências atribuídas pela LTVC foram transferidas à Anatel.

3.2.3.20. **O art. 212 da LGT também tratou de garantir segurança jurídica aos contratos em vigor, ao estabelecer que os atos, condições e procedimentos de outorga, continuariam regidos pela LTVC.**

3.2.3.21. Nesse diapasão, importante abordar a lógica do legislador que, sabiamente, colocou na LGT o art. 212, que transferiu as competências de regulamentar para a Anatel, antes do art. 214, estabelecendo que os regulamentos em vigor seriam gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela Agência, **sendo que as concessões feitas anteriormente à lei permaneceriam válidas pelos prazos previstos e, quando prevista a renovação, esta deveria ser adaptada aos preceitos da LGT.**

3.2.3.22. **Aqui é cristalina a intenção do legislador de incluir as concessões já outorgadas para a prestação do STVC, por ocasião do termo final ou da renovação, quando prevista, bem como da expedição de novas outorgas, aos preceitos da LGT,** haja vista que as concessões do STVC então em vigor não foram excepcionadas pelo art. 214 da LGT, senão vejamos: [...]

3.2.3.23. Ante o contexto apresentado, verifica-se que com o advento da LGT as “concessões” de TVC então outorgadas, por ocasião de seu termo final ou de sua renovação, quando prevista, devem ser outorgadas mediante expedição de Autorização e correspondente Termo de Autorização, por prazo indeterminado, na área de prestação do serviço estabelecida pela Anatel. **O mesmo se aplica às novas outorgas, que igualmente devem se dar mediante Autorização e correspondente Termo de Autorização, não mais existindo a possibilidade de expedição de outorga de “concessão” para prestação do STVC, a qualquer título. Tal vedação é própria da LGT que não permite outra forma de outorga, além do que não há motivo para tratamento diferenciado ou não isonômico, entre novas outorgas e renovação de outorgas,** dado que não mais existe limite ao número de outorgas, de acordo com o Planejamento do Serviço aprovado pela Anatel. (grifo nosso)

Em outros termos, o Conselheiro Relator defende que os dispositivos previstos na Lei de TV a Cabo, notadamente os relativos à outorga do serviço, devem ser aplicados, de forma a “*garantir segurança jurídica aos contratos em vigor*”, às concessões expedidas até a edição da LGT. Depois disso, mediante a renovação da outorga em seu termo final ou a partir da expedição de

¹⁴ ESCOBAR, João Carlos Mariense. *O Novo Direito de Telecomunicações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; p. 176.

novas outorgas, seria necessária uma adaptação do modelo e dos instrumentos de outorga estabelecidos pela Lei de TV a Cabo aos “preceitos da LGT”.

Entendo que essa interpretação não pode prosperar. Senão vejamos.

O art. 212 da LGT é claro ao determinar que “o serviço de TV a Cabo, inclusive quanto aos atos, condições e procedimentos de outorga, continuará regido pela Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995”. O que implica dizer que o serviço de TV a cabo, em que pese o novo paradigma na organização dos serviços de telecomunicações, construído a partir da distinção entre serviços prestados em regime público e em regime privado, deve obedecer, por força expressa do estabelecido pela LGT, os preceitos de sua lei específica, entre outros:

- (i) a outorga, mediante concessão, pelo prazo de quinze anos, renovável por períodos sucessivos e iguais (art. 6º);
- (ii) o processo de decisão sobre as outorgas, definido com critérios que permitam a seleção entre as várias propostas apresentadas e capazes de avaliar a amplitude da área de prestação do serviço, considerando a viabilidade econômica do empreendimento e a compatibilidade com o interesse público (art. 13);
- (iii) o caráter de não exclusividade das concessões (art. 14);
- (iv) a possibilidade de outorga a concessionárias de serviços de telecomunicações apenas após a verificação de inexistência de outros interessados (art. 15);
- (v) a garantia de renovação da outorga sempre que seu detentor tenha cumprido satisfatoriamente as condições da concessão e a regulamentação do serviço (art. 36); e,
- (vi) a previsão, nos procedimentos de renovação da concessão, de realização de consulta pública (art. 37).

Ressalte-se, então, que a LGT não só manteve como destacou a aplicação dos dispositivos relativos à outorga previstos na Lei de TV a Cabo para o serviço como um todo, abrangendo os atuais prestadores, os prestadores em processo de renovação da concessão ou os prestadores que vierem a explorar o serviço, e não apenas para as “concessões feitas anteriormente à lei”.

Dessa forma, não há que se falar, como pretende o Conselheiro Relator, que as concessões de TV a cabo a serem renovadas devam ser convertidas em autorizações de serviço prestado em regime privado, nos termos dos incisos IV, V e VI do art. 214 da LGT. Muito menos que as novas outorgas para exploração do serviço tenham que ser expedidas a partir de autorização e não de concessão.

Se assim o fosse, todas as atuais concessões do serviço de TV a cabo expedidas pela Anatel a partir dos processos licitatórios realizados entre 1998 e 2000, após, portanto, o advento da LGT, deveriam ter sido outorgadas mediante autorização, por prazo indeterminado, dentro dos preceitos que regem os serviços prestados em regime privado. Da mesma maneira, não faria sentido o disposto no Ato nº 669, de 02/02/2011, que fixou a cobrança do valor correspondente ao custo administrativo pela renovação das outorgas do serviço de TV a cabo, já que, expedidas por meio de autorização, não estariam sujeitas a termo final, prescindindo de serem renovadas.

Feitas essas considerações, teço dois comentários finais.

Embora não detalhada no corpo da Análise nº 295/2011-GCJR, de 12/05/2011, a minuta de Regulamento por ela proposta prevê no art. 1º de seu Anexo II que a habilitação jurídica necessária ao requerimento ou à transferência da outorga deve incluir *“prova de que, pelo menos, 51% do capital social com direito a voto pertence a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos ou a sociedade sediada no País, cujo controle pertença a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos”*.

Apesar de entender que esse dispositivo esteja plenamente em vigor, como preceitua o inciso II do art. 7º da Lei de TV a Cabo, parece-me que sua previsão no Regulamento proposto, dentro da lógica jurídica construída pelo Conselheiro Relator com o aval pela PFE, carece de consistência.

Isso porque, o art. 18 da LGT, em seu parágrafo único, estabelece que *“o Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviço de telecomunicações”*. A partir desse dispositivo, foi editado, em 05/06/1998, o Decreto nº 2.617, que admitiu a outorga de todos os serviços de telecomunicações de interesse coletivo a *“empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País”*, não impondo a elas limites quanto à participação estrangeira. Ou seja, o modelo de composição de capital estabelecido pela LGT, para as empresas exploradoras dos serviços prestados tanto em regime público quanto em regime privado, é o de ampla liberdade.

Prevalecendo a LGT sobre a Lei de TV a Cabo, como pretende o Conselheiro Relator, razoável questionar porque o modelo de outorgas por ela previsto para os serviços prestados em regime privado, inclusive com a expedição de autorização, sem termo final, seria aplicável ao serviço de TV a cabo e o modelo de composição de capital, com a possibilidade de participação integral de estrangeiros, estabelecido tanto para os serviços prestados em regime privado quanto para os prestados em regime público, não o seria.

Note-se, sobre essa questão, que a PFE não enxerga a contradição apontada. Nesse sentido, para o órgão de consultoria jurídica, ao mesmo tempo em que *“a outorga de STVC por meio de contrato de concessão, bem como a sujeição de sua vigência a termo final, tal como previsto na Lei do Cabo (art. 6º), contraria princípios fundamentais do sistema jurídico estabelecido pela LGT, posto que submete um serviço prestado no regime privado a condicionamentos jurídicos excessivos, que atingem, de forma desmedida, a livre iniciativa, sem vinculação com qualquer finalidade pública relevante”*, as condições *“estipuladas nos artigos 7º e 8º da Lei do Cabo quanto à propriedade e à gestão das prestadoras se demonstram compatíveis com a outorga do serviço por meio de Termo de Autorização”*.

O segundo aspecto a ser ressaltado diz respeito ao dispositivo previsto no § 3º do art. 63 da minuta de Regulamento, que equipara o serviço de TV a cabo ao serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens (TV aberta) no que tange ao limite de percentual destinado à publicidade comercial, hoje restrita a 25% do horário de sua programação diária.

Sobre a referida proposta, não foi encontrada, na Análise nº 295/2011-GCJR, de 12/05/2011, ou nos Informes da área técnica, a devida motivação que justifique sua inclusão no Regulamento em tela.

Outra questão a ser considerada é a diferença de modelo de negócios entre os dois serviços: enquanto a radiodifusão baseia suas receitas nas verbas provenientes da publicidade comercializada, a TV a cabo é suportada por receitas oriundas de suas assinaturas. Nesse contexto, não me parece razoável que o tempo máximo de publicidade entre os dois serviços seja

o mesmo. Até porque ao assinante do serviço de TV a cabo, justamente por remunerar diretamente o prestador, deveria ser garantido o direito de ter disponibilizada uma programação com menos tempo destinado a intervalos comerciais.

Finalizados meus comentários, e considerando como parte integrante da fundamentação do presente Voto os Votos nº 59/2010-GCER, de 27/08/2010, nº 10/2011-GCER, de 26/01/2011, e nº 79/2010-GCER, de 24/11/2010, peço vênias ao Conselheiro Relator para dissentir da proposta por ele apresentada por meio da Análise nº 295/2011-GCJR, de 12/05/2011, por entender que a mesma não encontra respaldo na legislação específica em vigor que disciplina o serviço de TV a cabo.

4. CONCLUSÃO

À vista do exposto, voto pela não aprovação da proposta de consulta pública acerca do novo Regulamento do Serviço de TV a Cabo, em substituição ao Regulamento do Serviço de TV a Cabo, aprovado pelo Decreto nº 2.206, de 14/04/1997, e à Norma nº 013/96-Rev/97, aprovada pela Portaria MC nº 256, de 18/04/1997, anexa à Análise nº 295/2011-GCJR, de 12/05/2011.

É como considero.

ASSINATURA DA CONSELHEIRA DIRETORA

EMÍLIA MARIA SILVA RIBEIRO CURI