

PARECER PROF. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

A TV GLOBO, por seus ilustres advogados, prof. Tércio Sampaio Ferraz e dr. Sergio Bruna, acosta documentos e anotações instrutórias, formulando- nos a seguinte

CONSULTA

A Consulente, empresa geradora de sinais de televisão aberta -e que é também controladora de uma empresa de transmissão televisiva por assinatura, pelo sistema DTH (via satélite), a SKY, está ou não -por força da legislação de telecomunicações ou de seu espírito, ou ainda por analogia ao disposto no art. 23 da lei 8.977/95, disciplinadora do serviço de TV acabo - obrigada a disponibilizar, mediante contrato, seus sinais, vale dizer, seus programas, para a DIRECT TV, uma concorrente da SKY no mesmo sistema por assinatura, DTH ?

À indagação respondo nos termos que seguem.

PARECER

1. A questão submetida à Consulta não oferece dificuldades de maior monta porquanto há diplomas normativos expressamente reportados ao tópico nela versado. Assim, um, de caráter genérico e de hierarquia superior -a lei nº 9.610, de 19.12.98, disciplinadora dos direitos autorais -e outro de nível administrativo -a Norma nº 008197, do Ministério das Comunicações, contemplam e solucionam direta e explicitamente o **objeto específico** sobre que versa a indagação.

A lei nº 9.610, de 19.12.98, que dispõe sobre os direitos autorais, estabelece:

“Art. 95. Cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem co-

mo a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação".

De seu turno, a Norma nº 008/97, isto é, a Norma de Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite (DTH), aprovada pela Portaria nº 321, de 21 de maio de 1997, expedida pelo Ministro de Estado das Comunicações, estatui:

"5.3. A transmissão de programação de concessionária ou permissionária de Serviços de Radiodifusão através do Serviço DTH somente poderá ser feita após celebração do respectivo contrato de cessão de programação entre as partes, respeitando as condições nele estabelecidas e na legislação pertinente"

2. Ambos os textos transcritos são de clareza meridiana. O primeiro deles constitui-se em norma legal que, em tema de radiodifusão, protege o direito autoral, cuja consagração genérica está explícita na Constituição do País, conforme art. 5º, XXVII, segundo cujos termos:

"aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar".

O segundo é o regramento específico dos Serviços de Radiodifusão por Satélite, os quais *não foram objeto de disciplina por lei*.

Tanto de um quanto de outro resulta meridianamente claro que as emissoras de TV aberta, isto é, as empresas de radiodifusão de sons e imagens é que decidirão se os seus programas serão ou não utilizáveis por terceiros para fins de reprodução ou de retransmissão, visto que a elas compete outorgar ou deixar de outorgar autorização para tanto, de tal sorte que concessionária ou permissionária dos serviços de televisão por satélite só disporão destes programas se contratualmente lhe houverem sido cedidos pelas sobreditas emissoras.

3. Assim, para que se pudesse cogitar de intelecção diversa daquela que é dada pelos textos transcritos seria necessário que padecessem de inconstitucionalidade, direta ou indireta, ou que norma sucessiva, de gradação igualou superior, atinente ao **mesmo objeto temático**, houvesse ofertado tratamento distinto e incompatível com o que neles se dispôs. Se se quiser levar a indagação a seus extremos -como sempre convém -ter-se-á, ainda, que indagar se o regulado nos diplomas referidos contrapõe-se a algum princípio maior dessumível, ao menos por implicitude, de legislação sucessiva a eles.

Fixadas estas premissas óbvias, pode-se passar ao exame do questionado.

4. Não há disposição constitucional alguma da qual se possa depreender que uma emissora de radiodifusão tem o dever de ceder a operadoras de serviços de televisão por satélite -que são, na realidade efetiva, simples transportadoras de sinais de televisão -os programas que haja concebido ou programado.

De resto, seria assaz surpreendente se existisse.

É que os serviços de televisão operam e devem operar em regime de concorrência. Embora, no direito brasileiro, somente a partir da lei nº 8.987, de 13.02.95 (art. 16) tenha sido instituída explicitamente a regra da ausência de exclusividade nas concessões de serviço público em geral, ressalvada a hipótese de inviabilidade técnica ou econômica de tal solução, este sempre foi o princípio retór das concessões em tema de radiodifusão.

As razões para isto são tão óbvias que dispensam qualquer detença em explicá-las. Basta referir que, a ser de outro modo, estrangular-se-ia a liberdade de difusão de informações por tal meio, tanto como o correspondente direito à informação a que os cidadãos fazem jus. Sem embargo, para mencionar textos legais que consagram esta inexistência de exclusividade em prol de concessionários ou permissionários, citem-se o art. 35 do Código

Brasileiro de Telecomunicações (lei nº 4.117, de 27.08.62) e os arts. 6º e 84 da lei da ANATEL (lei nº 9.472, de 16.07.97), havendo, de resto, fartas referências nesta última lei ao regime de competição

5. No regime de concorrência, de competição, está evidentemente implicada a pressuposição de que cada qual terá de valer-se das próprias aptidões para conquista do mercado. Esta noção é antitética a de que um concorrente possa obrigar o outro a lhe fornecer, em detrimento de si próprio ou de empresa que controle, aquilo mesmo que com sua diligência concebeu e que o qualificou perante o mercado por ambos disputado. Competir, à toda evidência, não é estar assegurado no direito de valer-se dos trunfos do competidor em proveito dos próprios interesses econômicos.

Com efeito, se o fora, consagrar-se-ia a anti-concorrência, a anti-competição; o desestímulo à elaboração do produto que obtenha sucesso junto ao público e -até mesmo -a instauração de um singular regime em que, um empresário, em sua busca de vantagens econômicas, terá o direito de obtê-las, não por seu esforço, conquista ou mérito, mas simplesmente capturando em seu proveito o resultado do esforço, mérito e sucesso de seu concorrente.

Assim, não faria mesmo sentido que, no texto constitucional houvesse disposições que direta ou indiretamente forçassem uma emissora de televisão a colocar à disposição de uma operadora de serviços de televisão por satélite seus programas, para que concorressem, seja com a sobredita emissora, seja com empresa por ela controlada e que com esta disputa o mesmo mercado. Logo, nele nada há que infirme os preceitos inicialmente mencionados, isto é, o art. 85 da lei nº 9.610, de 19.12.98 e o item 5.3. da Norma nº 008/97, aprovada pela Portaria nº 321, de 21 de maio de 1997, expedida pelo Ministro de Estado das Comunicações.

6. Frise-se que emissoras de radiodifusão de sons e imagens, isto é, as televisões *abertas*, são concessionárias que geram sinais e criam programas *gratuitamente* disponibilizados para os telespectadores. As receitas que suportam e remuneram tais serviços são obtidas exclusivamente da publicidade cobrada dos anunciantes.

Já as televisões por assinatura -e dentre elas as operadoras do serviço de distribuição de sinais por satélite (DTH) -*não são gratuitas* e, na realidade efetiva, constituem-se em simples "distribuidoras de sinais", embora lhes seja permitido transmitir sinais ou programas por ela próprios gerados, como expressamente resulta do disposto no item 7.1. "a", do citado Ato nº 008/97, aprovado pela Portaria nº 321/97.

Reza o preceptivo em questão:

“7.1. A *permissionária* do Serviço DTH poderá:

a) transmitir sinais ou programas originados por terceiros e editados pela permissionária e sinais ou programas gerados pela própria permissionária”

Ditas *permissionárias* se remuneram tanto pelo , valor pago por seus assinantes, quanto pela. publicidade de anunciantes, como previsto pelas letras subseqüentes do mesmo item 7.1. precitado. *Verbis:*

" b) veicular publicidade comercial;

c) cobrar remuneração (assinatura) pela

prestação do serviço".

7 .É óbvio que uma e outra disputam o público telespectador, competem por ele. A televisão por satélite, televisão por assinatura, é concorrente da televisão aberta e sê-lo-á cada vez mais, à medida em que se fortaleça o poder aquisitivo da população. Como as televisões por assinatura também buscam publicidade dos anunciantes, irão capturá-Ios no mesmo universo no qual as televisões abertas têm seu suporte remuneratório. Neste sentido há e haverá progressivamente uma maior constrição do universo custeador das televisões abertas.

Pretender que uma emissora de televisão aberta deva concorrer para isto ou, então, que deva instrumentar com o produto de seu engenho, isto é, com sua programação, a concorrente de uma sua controlada no segmento da operação de serviços por satélite, é o mesmo que pretender -se se pode dizê-lo em linguagem prosaica, mas expressiva- que "dê um tiro no pró-

prio pé", a fim de proporcionar maior lucratividade à empresa concorrente, a qual, justamente por sê-lo, deve disputar o mercado com as próprias aptidões.

8. De outra parte, também não se encontra abrigado na legislação sobre o serviço público de telecomunicações algum princípio maior por força do qual devam ser consideradas peremptas as disposições normativas, "retro" transcritas, que conferem às emissoras de televisão o direito de autorizarem ou recusarem autorização para que terceiros se valham de seus programas.

É que a noção de serviço público não resultaria prestigiada com o fortalecimento do "serviço público da minoria" -caso da televisão por assinatura, que é o serviço público dos ricos ou razoavelmente abonados -se para tanto fosse necessário instrumentá-la com vantagens extraídas compulsoriamente do labor do serviço público *que serve ao público em geral*, isto é, daquele que serve à esmagadora maioria da população brasileira, a qual, sendo composta por pessoas de baixíssimo poder aquisitivo, não tem possibilidades de aceder à televisão paga.

Deveras, segundo dados informativos da Consulta, a TV aberta atingia, no ano de 2.000, noventa por cento dos domicílios brasileiros, ao passo que a TV por assinatura, não alcançava senão oito por cento dos domicílios com televisão e ainda assim nas classes A e B.

9. Recorrendo-se a noções principiológicas, isto é, àquelas que informam categorias básicas do direito administrativo -qual, a de serviço público -vai se encontrar que este se caracteriza por ser um tipo de atividade, tido como *resultante da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante*", como o disse LÉON DUGUIT, chefe da Escola do Serviço Público¹ ou, nas palavras de CIRNE LIMA, que é *"todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou pelo menos como tal havido em um momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa"*²

É certo que ambas as noções apontam para o substrato sociológico do serviço público, mas, bem por isto, encarecem o que se encontra por detrás da construção jurídica; logo, desvendam sua razão inspiradora, que

¹ Traité de Droit Constitutionnel, 28 ed., 1923, vol II, pag. 55.

² Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Livraria Sulina, 38 ed., 1954, pag. 84.

é, nitidamente, a de se tratar de uma atividade que só merece dada proteção especial e instrumentação com prerrogativas peculiares pelo fato mesmo de ser voltado à satisfação de necessidades de toda a coletividade -e não de um ínfimo segmento dela que se encontra no ápice da pirâmide social.

Por tudo isto é visível que, no caso "sub consulta", não está em pauta um interesse inerente à noção de serviço público capaz de sobrepor-se a normas explícitas recognitivas dos direitos das emissoras de televisão aberta em confronto com os interesses dos operadores de televisão por assinatura, por satélite.

10. De resto, isto se torna ainda mais claro ao se considerar que são as emissoras de radiodifusão de sons e imagens e não as operadoras de serviços de televisão por assinatura as que se encontram vinculadas ao serviço público pela submissão a regras *constitucionalmente* estabelecidas para a proteção dos bens jurídicos que tal serviço deve atender.

De fato, são elas as obrigadas pelo Texto Constitucional a um compromisso com a educação, informação, cultura, promoção da cultura nacional e regional, assim como regionalização da produção cultural, artística e jornalística (art. 221) e respeito aos valores éticos e sociais da família. Assim, são elas as colhidas por um regime que, de direito, as encaixa em um **quadro típico de serviço público**, por força do qual o Estado brasileiro dispõe de base normativa para enquadrá-las devidamente, nada mais se requerendo senão a vontade política de fazê-lo. Este mesmo atrelamento também se traduz na previsão constitucional de que a propriedade, bem como a administração e orientação intelectual das emissoras de radiodifusão será privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos (art. 222)

Assim, qualquer invocação de princípios do serviço público, de prevalência do interesse público, em questões nas quais estejam contrastados os interesses da televisão aberta e os da televisão por assinatura, necessariamente redundará na prevalência dos da televisão aberta, pois é ela que, diferentemente da televisão por assinatura, cumpre a função de servir a esmagadora maioria da sociedade e com o dever de fazê-lo sob a égide de normas que lhe ajustam a atuação aos interesses nacionais.

11. Aliás, sequer procederia a suposição de que o interesse do público (na verdade da pequena minoria que pode pagar pela TV por satélite) em assistir a programação de uma dada emissora de radiodifusão de sons

e imagens ficaria sacrificado se esta não fosse embutida na transmissão efetuada pela transmissora de televisão por satélite.

Com efeito, o público em geral pode fazê-lo à sua vontade, mesmo quando assinante de uma operadora de televisão por satélite. Para passar dela para a TV aberta basta desligar o decodificador ou então servir-se de um sistema no qual o próprio controle remoto faz a mudança. Logo, não é o público que não disporá da programação da televisão aberta: *é a empresa operadora de televisão por satélite que dele não disporá para incluí-lo no seu pacote comercializável junto ao público.*

Assim, a tese do direito a servir-se de sinais das emissoras de radiodifusão, antes que ser uma tese defensora do interesse do público, é uma tese defensora do interesse econômico de empresas distribuidoras de sinais por satélite.

12. Finalmente, não procederia supor que a disposições normativas de início referidas deveriam ceder passo à aplicação analógica do art. 23 da lei 8.977/195, disciplinadora do serviço de TV a cabo, segundo o qual as operadoras deste específico serviço devem tornar disponíveis canais destinados à transmissão obrigatória da programação da emissoras geradoras locais radiodifusoras de sons e imagens.

Desde logo, não se infirmam regras gerais sobre dado assunto, nem regras específicas sobre aspectos específicos dele com base em *regras específicas sobre outros especificados aspectos daquele assunto.* Além disto, a analogia tem lugar à falta de normas que contemplem uma dada situação e não quando se esteja perante situação regulada.

A lei nº 8.977/195 disciplina uma específica modalidade de telecomunicação e suas normas não são extrapoláveis para modalidade diversa. A televisão a cabo é eminentemente local; a televisão por satélite é nacional. O art. 23 em causa não faculta, *determina* a reserva de canais para transmissão das emissoras locais de radiodifusão.

Como a transmissão por satélite tem índole nacional, se fora o caso de aplicar-se o art. 23, em seu espírito e com a correlata adaptação, as operadoras do setor teriam de enviar ao satélite toda a programação de todas as emissoras locais existentes no País e em seguida redistribuí-las para que em cada local fosse disponibilizada a correspondente programação. Estas operações, informa a Consulente, são, na prática, inviáveis. Isto porque, nos satélites que prestam serviços de DTH para o Brasil, não há capacidade disponível para tanto. Logo, somente com, os gigantescos investimentos em novo satélite

é que seria possível o cumprimento da regra do art. 23 da lei 8.977/95, se este fosse extrapolável da televisão a cabo para a televisão por satélite. Vê-se, pois, que o regramento da sobredita lei está a contemplar situação específica que não cabe estender a situações profundamente diversas.

13. Ocorre que nenhuma destas considerações seria sequer necessária para se concluir pela inaplicabilidade do sobredito artigo. Há uma razão muitas vezes mais forte que torna incontendível a prevalência do disposto na legislação sobre direitos autorais.

Esta razão é simples e definitiva.

Dita lei, nº 9.610, de 19.12.98 (que sucedeu a lei nº 5.978, de 14.12.73, anterior legislação de direitos autorais) é posterior à lei de televisão a cabo. De acordo com o precitado art. 95, é às empresas de radiodifusão que cabe o "**direito exclusivo de autorizar ou proibir**" a reprodução de suas emissões. *Logo, a partir dela, não há mais cogitar do art. 23 da lei nº 8.987/95, que está simplesmente revogado por incompatibilidade absoluta com o preceituado no art. 95 da lei nº 9.610/98.*

14. Ao lume de todas as considerações dantes feitas verifica-se que a TV Globo não está obrigada a disponibilizar, mediante contrato, seus sinais, vale dizer, seus programas, para a DIRECT TV.

No caso "sub examine", se porventura houvesse " espaço para o prosperar de alguma dúvida -e não há conforme se viu -ainda assim ela teria de ser espancada mediante critério que confirmaria a intelecção que se deu.

Consoante nos parece, sempre que, mesmo esgotados todos os esforços interpretativos, ainda permanecer uma ineliminável dúvida sobre o direito aplicável a situação em que se confrontem interesses de empresas genuinamente nacionais e interesses de empresas pertencentes a grupos estrangeiros, o critério adequado para solvê-la é aquele que abone os interesses das empresas nacionais, por ser l esta a diretriz confortada em princípios constitucionais elementares

Com efeito, toda Constituição, de maneira implícita ou de modo explícito -como o faz a brasileira -exalça a soberania nacional. Dessarte, nossa Lei Magna menciona-a em primeiro lugar entre os fundamentos da República (art. 1º, I) e também em primeiro lugar entre os princípios retores da ordem econômica (art. 170, 1). Nisto, à toda evidência, vai suposta a valoriza-

ção do que é nacional e o empenho no desenvolvimento nacional, cuja garantia, aliás, está expressamente referida como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, II). Ademais, o art. 219 é claro ao estabelecer que: "*O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal*".

15. Assim, a defesa dos interesses das empresas genuinamente nacionais em confronto com interesses de empresas pertencentes a grupos estrangeiros é um consectário natural de uma ordem jurídica soberana. De resto, é o que fazem todos os países desenvolvidos do mundo e até mesmo os subdesenvolvidos que mantêm ainda um mínimo de consciência de seu próprio existir como povo independente.

Esta defesa, como visto, está perfeitamente afinada com os dizeres da Constituição brasileira. É lógico que não se poderá realizá-la em descompasso com normas constitucionais ou legais. Entretanto, como dito, nos casos em que, concluído o processo interpretativo, remanesçam dúvidas irremissíveis quanto ao direito aplicável, é critério exegético adequado, por afinado com diretrizes da Lei Maior, aquele que prestigia o interesse do que é genuinamente nacional.

16. Ora bem, na hipótese vertente estão confrontados os interesses da Televisão Globo, empresa genuinamente nacional com os da Direct- TV I empresa controlada pela norte-americana Hugues, que é um dos braços da General Motors.

Consoante se disse, não há, ao parecer, dúvida interpretativa alguma quanto ao direito da Emissora de Televisão Globo autorizar ou negar autorização para a Direct- TV reproduzir seus sinais. Sem embargo, se dúvida irremissível houvesse, já se vê que teria de ser soluta na forma indicada.

17. Isto tudo posto e considerado, à indagação da Consulta respondo:

A TV Globo, empresa geradora de sinais de televisão aberta -e que é também controladora da SKY, empresa de transmissão televisiva por assinatu-

ra, pelo sistema DTH (via satélite) -não está, nem por força da legislação de telecomunicações, nem de seu espírito, nem por analogia ao disposto no art. 23 da lei 8.977/95, disciplinadora do serviço de TV a cabo, obrigada a disponibilizar mediante contrato seus sinais, vale dizer, seus programas, para a DIRECT TV, empresa concorrente da SKY no mesmo sistema DTH por assinatura. Pelo contrário, em decorrência do art. 95 da lei n° 9.610, de 19.12.98, disciplinadora dos direitos autorais e da Norma n° 008/97, do Ministério das Comunicações, a Consulente está investida no pleno direito de autorizar ou não a DIRECT TV a reproduzir seus programas.

É o meu parecer.

São Paulo, 12 de abril de 2.001

Celso Antônio Bandeira de Mello

