

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 40 • nº 160

outubro/dezembro – 2003

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

TV por assinatura e radiodifusão

A consolidação da legislação dos serviços de comunicação eletrônica de massa no Direito brasileiro

Regina Maria Piza de Assumpção Ribeiro do Valle

Sumário

1. TV por assinatura no Brasil. 1.1. Antecedentes da regulamentação dos serviços de TV por assinatura. 1.2. Tecnologias – MMDS, Cabo e DTH. 1.2.3. Satélite Banda C analógico. 1.2.4. DTH – Banda KU digital. 2. Privatização das Telecomunicações; no Brasil. 2.1. Lei Geral de Telecomunicações. 2.2. Regime jurídico da prestação de serviços de telecomunicações. 2.2.1. Regime público – concessão e permissão – obrigações de universalização e continuidade. 2.2.2. Regime privado – autorização - livre iniciativa. 3. Competência da ANATEL para legislar. 3.1. Resolução nº 73 – Regulamento de serviços de telecomunicações – serviços de comunicação eletrônica de massa. 4. Regulamentação dos serviços de radiodifusão. 4.1. Estações geradoras, retransmissoras e repetidoras. 4.2. Radiodifusão e obrigatoriedade de fornecimento dos sinais a TV por assinatura. 4.3. Programação local. 4.4. Direito autoral sobre a programação. 5. Radiodifusão e TV por assinatura. 5.1. Diferenças de serviços e regulamentação. 5.2. Serviços de TV por assinatura e a obrigação de carregar os sinais de audiodifusão. 5.3. Mercado relevante de TV por assinatura e radiodifusão: caso Direct TV *versus* TV Globo – desnecessidade de disponibilizar canal aberto na programação de DTH. 5.4. TV digital e os serviços de TV por Assinatura e Radiodifusão. 5.5. Legislação – uniformização das regras de TV por assinatura e radiodifusão “Comunicação Social Eletrônica”.

Regina Maria Piza de Assumpção Ribeiro do Valle é sócia responsável pela área de Telecomunicações e Tecnologia de Informação de Tozzini Freire Teixeira e Silva Advogados.

1. TV por assinatura no Brasil

Os serviços de TV por assinatura começaram a ser prestados no Brasil há pouco

mais de 15 anos e surgiram em decorrência do desenvolvimento de novas tecnologias que possibilitaram a transmissão ponto a ponto de sons e imagens.

A concepção de televisão por assinatura foi trazida dos Estados Unidos, onde, na década de 60, em razão de dificuldades de recepção de imagens da TV aberta em determinadas regiões do país, detectou-se potencial de mercado para a venda de programação diferenciada da TV convencional, tal como exibição de filmes sem intervalos, transmissão de notícias durante 24 horas e transmissão de eventos esportivos, tudo por intermédio de uma taxa de adesão mensal.

Nos Estados Unidos, os serviços de televisão por assinatura tiveram início com a utilização da tecnologia do cabo coaxial. No Brasil, a televisão por assinatura foi introduzida por meio da tecnologia sem fio, ou seja, por intermédio de codificação dos sinais eletromagnéticos transmitidos pelo espectro através de micro ondas.

Concomitantemente ao início da veiculação dos serviços de TV por assinatura no Brasil, a TV aberta, como é chamado o serviço de radiodifusão de sons e imagens, e que já oferecia a tecnologia de transmissão de sinais coloridos e a emissão de sinais por satélite, passou a necessitar de antenas especiais para transmissão de sinais a núcleos distantes com dificuldade de cobertura e que não eram atendidos por pontos de repetição ou retransmissão de TV aberta.

A introdução das antenas comunitárias para transmissão das imagens de TV aberta exerceu influência decisiva na regulamentação da TV por assinatura no Brasil.

1.1. Antecedentes da regulamentação dos serviços de TV por assinatura

As atividades de radiodifusão e de telecomunicações no Brasil até 1997 vinham sendo disciplinadas por um mesmo diploma legal: o Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei 4117/62.

Até 1996, os serviços de telefonia, telegrafia, transmissão de dados e outros servi-

ços públicos de telecomunicações eram prestados exclusivamente pela União, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle estatal.

As atividades de radiodifusão, também chamada TV aberta, foram sempre prestadas no Brasil por entidades privadas e por estatais concomitantemente.

O primeiro diploma legal brasileiro que disciplinou o serviço de TV por assinatura foi editado em 23 de fevereiro de 1988 (Decreto 95.744). Tal decreto definiu a atividade de TV por assinatura como serviço especial de telecomunicações, destinado a distribuir sons e imagens a assinantes, por sinais codificados, mediante utilização de canais do espectro radioelétrico, permitida, a critério do poder concedente, a utilização parcial sem codificação.

Um ano depois da edição do Decreto 95.744, ainda não existia na prática o serviço de TV por assinatura no Brasil, e foi editada pelo Ministério das Comunicações a Portaria nº 250/89, que disciplinava a distribuição de sinais de televisão aberta pelas antenas comunitárias denominada DISTV.

É importante fazer menção a essa Portaria, pois ela, a despeito de não disciplinar diretamente os serviços de TV por assinatura, acabou desencadeando a regulamentação da TV a Cabo.

O serviço de DISTV veio suprir a limitação das antenas coletivas utilizadas pelos edifícios para a transmissão de canais abertos, a transmissão que precisava ser expandida em virtude do aparecimento de novos canais UHF e dos canais repetidos via satélite.

As antenas comunitárias distribuam os sinais abertos de TV por meios físicos, não utilizando espectro radioelétrico, suprindo a necessidade dos centros urbanos em razão das distâncias ou acidentes topográficos.

Os sinais eram captados diretamente de estações geradoras, repetidoras ou retransmissoras ou repetidos via satélite de fornecedoras de sinais, as concessionárias de serviços de radiodifusão.

O serviço de DISTV poderia ser prestado tanto em comunidades abertas consideradas áreas de acesso irrestrito ao público quanto em comunidades fechadas, definidas como áreas de acesso restrito, tais como condomínios, hotéis, centros comerciais e restaurantes. O serviço DISTV, ressalte-se, não era considerado nem radiodifusão, nem TV por assinatura.

Mais tarde, em outubro de 1991, foi editada a Norma nº 230/91 pelo Ministério das Comunicações, com o objetivo de disciplinar o uso generalizado de comunicações via satélite, tanto por estrangeiros quanto por nacionais, em conexão com a prestação de serviços limitados de telecomunicações, definidos pelo Decreto nº 177 de julho de 1991 como serviços não abertos a correspondência pública e que podiam ser explorados pela iniciativa privada.

A referida Norma nº 230/91 estabeleceu que seria automática a permissão para exploração ou execução, por meios autorizados, de qualquer serviço de caráter unidirecional (recepção apenas) de telecomunicações via satélite. Esse serviço foi o precursor dos serviços de TV por assinatura via satélite ou “Direct to Home” (“DTH”).

A Norma nº 230/91 foi depois modificada pela nº 281/95, para exigir que a exploração de serviços de telecomunicações via satélite passasse a depender de prévia concessão, autorização ou permissão, outorgada pelo Ministério das Comunicações.

Foi dada a possibilidade de regularização da situação às prestadoras de serviços por satélite existentes, que já ofereciam distribuição de programas de som e de sons e imagens de serviços de caráter unidirecional (recepção apenas) de telecomunicações via satélite ou serviços de TV por assinatura, oferecidos via satélite em canais analógicos por meio de antenas comunitárias.

Esse foi o início da regulamentação dos serviços de TV por assinatura prestados por intermédio das diferentes tecnologias.

1.2. Tecnologias - MMDS, Cabo e DTH

1.2.1. MMDS

Em 1994, foi implementado o primeiro serviço de TV por assinatura no Brasil, baseado na tecnologia MMDS ou Multiponto Multicanal e regulado pelo Ministério das Comunicações pela Norma nº 2/94.

Tal norma visou estabelecer as condições para exploração e uso do MMDS, promovendo a diversidade de fontes de informação entre as então permissionárias do serviço, estimulando a competição intra e inter-serviços, preservando os interesses das comunidades locais e fazendo bom uso do espectro de frequências.

Na exploração do serviço MMDS, a operadora que recebe a outorga tem o direito de: (a) transmitir sinais ou programas originados por terceiros, programas originados por terceiros e por ela editados, e transmitir sinais ou programas por ela gerados em até 31 canais em transmissão UHF; (b) veicular publicidade comercial; e (c) cobrar remuneração (assinatura) pela prestação do serviço.

1.2.2. Cabo

O desenvolvimento tecnológico finalmente atingiu o estágio em que os sinais de TV puderam ser transmitidos pelo cabo coaxial, para assinantes pré-determinados, mediante cobrança de remuneração, e foi então que se editou a Lei nº 8.977/95.

A Lei nº 8.977/95 define os serviços de TV a Cabo como serviços de telecomunicações que consistem na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte, por meios físicos. A Lei do Cabo, como ficou conhecida, veio dar oportunidade para que os distribuidores de antenas comunitárias ou DISTV optassem por transformar sua outorga em concessão de TV a Cabo e, para isso, determinou a forma de adaptar a licença¹.

As licenças de TV a Cabo possuem caráter local, limitadas a um município, e sua exploração continua sendo concedida somente a empresas sob controle de brasilei-

ros, a despeito de tentativas para que essa barreira seja derrubada.

Além dos canais diferenciados oferecidos pelas operadoras de TV a Cabo, elas são obrigadas a disponibilizar aos assinantes uma série de outros canais abertos gratuitos que sejam transmitidos na localidade. A regra que criou essa obrigatoriedade, denominada “must carry”, não existe para os demais tipos de transmissão de TV por assinatura.

1.2.3. Satélite Banda C analógico

Após a edição da Lei do Cabo, o Ministério das Comunicações decidiu formalizar a autorização para os serviços de TV por assinatura por satélite analógico Banda C, exigindo que as empresas que já estivessem prestando esse serviço sem autorização regularizassem suas situações. Essa exigência foi transcrita na Norma nº 281/95 citada de início.

As empresas Globo Comunicações e Participações Ltda. e TVA, do Grupo Abril, eram as duas únicas que já vinham, desde 1994, prestando serviços de TV por assinatura via satélite analógico (Banda C) com base na Portaria nº 230/91 e pleitearam a regularização dos serviços, obtendo a homologação para distribuição de programa de sons e imagens por satélite analógico em âmbito nacional.

1.2.4. DTH – Banda KU digital

Em obediência ao disposto no Decreto nº 2.196/97, que aprovou o regulamento de Serviços Especiais ainda sob a égide do Ministério das Comunicações, foi editada a Norma nº 08/97 com o objetivo de definir o serviço denominado DTH ou “Direct to Home”².

Assim complementou-se o elenco de normas que regulam atualmente a exploração da TV por assinatura no Brasil, todas anteriores à edição da Lei Geral de Telecomunicações e anteriores à criação da Agência Nacional das Telecomunicações – Anatel, medidas essas que modificaram o cenário das telecomunicações no Brasil.

A despeito das diferentes tecnologias e épocas em que surgiram e foram regulamen-

tadas, as operações de TV por assinatura no Brasil concorrem entre si na disputa pelo assinante e, a partir de 1997, passaram a respeitar a nova legislação de telecomunicações que disciplina a prestação de serviços em decorrência da Emenda nº 8 à Constituição Federal e edição do novo marco regulatório do setor, que permitiu a abertura dos serviços públicos de telecomunicações à iniciativa privada.

2. Privatização das telecomunicações no Brasil

Os serviços de TV por assinatura foram sempre classificados como serviços de telecomunicações desde a vigência do Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei nº 4.117/62. Na época, aquele diploma legal conjugava a disciplina dos serviços de telecomunicações e radiodifusão.

Em agosto de 1995, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 8, que alterou o inciso XI e a alínea “a” do artigo 21 da Constituição Federal, passando a declarar expressamente que os serviços de telecomunicações poderiam ser explorados por intermédio de concessão, permissão ou autorização³. É importante lembrar que o dispositivo constitucional anterior restringia a exploração dos serviços públicos de telecomunicações a empresa sob o controle acionário estatal⁴.

A Emenda Constitucional nº 8 veio modificar, por completo, o cenário da prestação de serviços de telecomunicações no Brasil, permitindo a abertura do setor para a iniciativa privada e capital estrangeiro, exigindo, para tal propósito, a criação de um marco regulatório e de uma agência reguladora, cujas responsabilidades deveriam incluir, entre outras, a edição e aplicação de normas sobre telecomunicações, bem como a condução de processos licitatórios para a outorga de licenças à exploração dos serviços de telecomunicações.

A Emenda Constitucional nº 8 também deixou clara a diferença entre os serviços de

telecomunicações e os serviços de radiodifusão, pois os dois tipos de serviços passaram a ser regulados em leis diversas, mantendo-se, para a radiodifusão, as regras do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Um ano após a edição da Emenda Constitucional nº 8, foi votada a Lei nº 9.252/96, também chamada de Lei Mínima, que definiu novos serviços de telecomunicações como o serviço móvel celular, os serviços limitados, os serviços de satélite, além dos serviços de valor adicionado, que não são serviços de telecomunicações mas a eles agregam valor.

A Lei Mínima teve, em 1997, muitos dos seus artigos revogados, bem como praticamente todo o Código Brasileiro de Telecomunicações, quando da edição do marco regulatório do setor de telecomunicações, a Lei 9.247/97, ou Lei Geral de Telecomunicações, que realmente modificou a disciplina dos serviços de telecomunicações no Brasil, imprimindo um novo padrão de exploração e classificação de serviços.

2.1. Lei Geral de Telecomunicações

A Lei Geral de Telecomunicações (LGT) foi editada no ano de 1997, reestruturando todo o ambiente regulatório do setor, além de estabelecer as regras para a privatização do sistema Telebrás e abertura das telecomunicações brasileiras para a competição.

A LGT criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), transferindo a ela as competências anteriormente atribuídas ao Ministério das Comunicações, exceto as referentes a disciplina e fiscalização do serviços de radiodifusão.

A LGT definiu os serviços de telecomunicações como “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação” e conceituou a expressão “Telecomunicação” como “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.”

O serviço de TV a Cabo teve sua classificação enquadrada dentro dos novos moldes da LGT, mas continuou sendo regido pelas disposições da Lei do Cabo, inclusive, quanto aos atos, condições e procedimentos de outorga, ficando, no entanto, transferidas à Anatel as competências atribuídas pela referida Lei ao Poder Executivo⁵.

2.2. Regime jurídico da prestação de serviços de telecomunicações

A LGT passou a classificar os serviços de telecomunicações quanto ao regime jurídico e quanto ao interesse de sua prestação, dividindo-os em interesse coletivo e restrito e regime público e regime privado.

Note-se que, com a nova classificação dos serviços, houve uma mudança na regra geral anterior, que só previa os serviços públicos e demais serviços. Essa mudança foi necessária para a entrada da iniciativa privada no mercado de telecomunicações.

É importante transcrever o que a Exposição de Motivos da LGT diz a respeito da organização dos serviços de telecomunicações no regime público e privado:

“Serviços de telecomunicações em princípio constituem serviço público na acepção jurídico constitucional administrativa da expressão, sendo dever da União assegurar sua prestação diretamente ou mediante a outorga a terceiros sem prejuízo portanto da titularidade dos mesmos.

A lei, a ser editada pela União (LGT) pode distinguir ou permitir que por normas inferiores sejam relacionadas, dentre as possíveis operações tecnicamente qualificáveis como telecomunicações, e em razão mesmo de critérios que a referida lei estabelecer, as que são qualificadas como serviços públicos e as que não são. As que não qualificar como serviço público poderão ser realizadas e exploradas economicamente pela iniciativa privada, como direito e não como dever, desde que observadas as exigências

legais pertinentes à matéria, e mediante prévia autorização que a lei porventura exija. Servem de exemplo para esse caso os setores de energia elétrica e transporte que já comportam distinções quanto ao que constitui ou não objeto de concessão

Tanto as operações de telecomunicações que forem qualificadas como serviço público quanto as que assim não forem, estão sujeitas com maior ou menor intensidade à disciplina normativa de competência da União, e devem ser por esta fiscalizadas.” (Exposição de Motivos – LGT – Livro III – Organização dos Serviços de Telecomunicações – Título I Disposições Gerais)

Messod ASSULAY NETO e Antonio Roberto Pires de LIMA (199-?) na obra *Novo Cenário das Telecomunicações* ensinam:

“Os serviços a serem explorados no regime privado em princípio serão todos aqueles que não forem reservados expressamente para exploração exclusivamente no regime público, subordinada esta definição entretanto a decisão do Poder Executivo.

.....
Como visto anteriormente o órgão regulador proporá ao Poder Executivo a instituição ou exclusão de uma modalidade de serviço no regime público, com ou sem caráter de exclusividade ou no regime privado indicando as regiões locais ou áreas a serem afetadas pela proposta

.....
a regulamentação a cargo da Agência disciplinará os deveres de universalização e de continuidade atribuídos aos prestadores do serviço no regime público.”

Por sua vez, Alejandra HERRERA (199-?), em sua obra *Introdução ao Estudo da LGT*, confirma a intenção dos legisladores de incluir no marco regulatório a classificação dos serviços:

“No regime jurídico público, a exploração de serviços requer prévia concessão outorgada por licitação.

O número de concessões é definido pelo Plano Geral de Outorgas – PGO.

A exploração de serviços no regime jurídico privado requer que previamente a empresa obtenha uma autorização emitida pela Agência que, a não ser por motivos relevantes, não pode ser negada.”

2.2.1. Regime público – concessão e permissão – obrigações de universalização e continuidade

O serviço de telecomunicações explorado no regime público, de acordo com a LGT, é aquele explorado mediante concessão, em caráter universal, de forma contínua e adequada.

O atual modelo institucional para as telecomunicações brasileiras é suportado em duas idéias principais: a competição na exploração dos serviços e a universalização do acesso aos serviços básicos.

A idéia de universalização de serviços, conforme a Exposição de Motivos da LGT, contempla duas situações genéricas distintas: a primeira, de provimento de serviços individuais, com níveis de qualidade aceitáveis a qualquer pessoa ou organização que os requisitar, e a segunda forma é a que contempla acessos a serviços de telecomunicações, em localizações convenientes, a pessoas sem condições econômicas de pagar tarifas comercialmente razoáveis por serviços individuais. Esta última situação é a que comumente se chama de obrigação universal, e o financiamento dessa obrigação acabou sendo um ponto fundamental da lei.

As obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como permitir a utilização das teleco-

municações por provedores de serviços essenciais de interesse público.

As obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

Os serviços prestados no regime público foram assim definidos a partir da edição do Plano Geral de Outorgas (“PGO”) aprovado em 2 de abril de 1998 pelo Decreto nº 2.534⁶.

Atualmente, o único serviço explorado no regime público é o serviço de telefonia fixa comutada, ou, como é conhecido de forma abreviada, STFC, prestado pelas concessionárias privatizadas do antigo Sistema Telebrás.

Os demais serviços, inclusive os serviços de TV por assinatura e especiais de DTH, são prestados no regime privado, por meio de outorga de termo de autorização, e as operadoras que os exploram têm obrigação de estar atentas às regras da Anatel que protegem a livre concorrência e direitos do consumidor.

2.2.2. Regime privado – autorização – livre iniciativa

Conforme estabelecido na LGT, a exploração de serviço de telecomunicações em regime privado é baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica, com o objetivo de viabilizar o cumprimento das leis, especialmente aquelas relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos do consumidor.

A regra na exploração dos serviços de telecomunicações no regime privado é a da liberdade, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público, devendo haver equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos⁷.

Muitos serviços de telecomunicações que antes da LGT eram outorgados por meio de permissão pelo Ministério das Comunicações passaram a ser, após a edição da Lei Geral, outorgados por meio de autorização.

O serviço de TV por assinatura utilizando a tecnologia MMDS e Cabo foram objeto de exploração mediante concessão resultante de processo de licitação prévia. Tal procedimento foi obedecido pelo Ministério das Comunicações antes da edição da LGT e pela Anatel após a entrada em vigor da LGT; os serviços DTH foram de início concedidos por intermédio de permissão.

Após a edição da LGT, o serviço de DTH passou a ser outorgado por meio de “Termo de Autorização”, característico dos serviços prestados em regime privado.

Note-se que o serviço de TV a Cabo teve sua regulamentação mantida após a edição da LGT e, continuou a ser objeto de concessão, a despeito de ser considerado serviço de telecomunicações prestado em regime privado.

3. Competência da Anatel para legislar

A Emenda Constitucional nº 8, que disciplina a abertura do setor de telecomunicações no Brasil, exigiu a criação de uma agência reguladora como uma das condições necessárias à exploração das telecomunicações pela iniciativa privada.

A agência tem como responsabilidades a edição e aplicação de normas sobre telecomunicações, bem como a condução de processos licitatórios para a outorga de licenças para a exploração dos serviços de telecomunicações.

Na Exposição de Motivos da LGT está expresso também que o órgão regulador deverá ser competente para interpretar a legislação de telecomunicações, emitir pareceres sobre os casos omissos e compor, na esfera administrativa, conflito de interesses entre os prestadores de telecomunicações.

Com a edição da LGT, foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel – para atuar como órgão regulador e fiscalizador do ambiente brasileiro das telecomunicações, tendo sido investida de competência para elaborar e propor regulamentos para os serviços de telecomunicações, bem

como para fiscalizar e reprimir as práticas contrárias à legislação do setor de telecomunicações.

A Anatel é entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Telecomunicações.

Ressalte-se que a natureza de autarquia especial conferida à Anatel⁸ é caracterizada por sua independência administrativa e ausência de subordinação hierárquica.

Antes da edição da referida Emenda Constitucional, os serviços de telefonia, telegrafia e transmissão de dados eram prestados exclusivamente pelo Estado, como serviços públicos. Os demais serviços de telecomunicações eram prestados pela iniciativa privada, cabendo ao Ministério das Comunicações a função de outorgar licenças e editar normas, portarias, resoluções e atos administrativos, decidindo questões entre operadoras e seus usuários.

As portarias e normas editadas pelo Ministério das Comunicações continuaram vigorando até que a Anatel as substituísse⁹, cabendo à Agência averiguar a atualidade e a coerência da manutenção e aplicabilidade das regras para editar novas em substituição.

É oportuna a citação de San Tiago DANTAS (199-?) a respeito da delegação de poderes, na esfera administrativa, para outros órgãos eventualmente mais aptos, por se acharem em contato imediato com a matéria regulada, ou disporem de maior rapidez de decisão:

“O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias. Não só a elaboração de regulamentos, mas a própria atividade

de legislativa, não se acha hoje enclausurada na competência de um só órgão do governo, mas se desloca, por força de delegação de poderes, para outros órgãos eventualmente mais aptos por se acharem em contato imediato com a matéria regulada, ou disporem de maior rapidez de decisão” (DANTAS, p. 203-204) [Grifos nossos].

Nesse mesmo sentido, afirma Leila CUÉLLAR:

“Reconhece-se atualmente que o poder regulamentar pode ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros do Estado e por outros órgãos e entidades da administração pública, como as autarquias. Portanto, as agências examinadas, autarquias integrantes da Administração indireta, podem deter competência regulamentar.” (CUÉLLAR, p. 117)

Como alertou Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO na obra “Poder Regulamentar das Agências”, a independência da Anatel foi garantida pela LGT, juntamente com extenso elenco de competências, pois tal independência é “necessária para o exercício da competência reguladora dos setores de interesse público a seu cargo”.

Assim, não há o que se discutir sobre a possibilidade, competência ou independência da Anatel para emitir normas para a fiel execução das disposições da LGT e de qualquer outra lei que discipline o setor de telecomunicações no Brasil, ou de interpretar as normas e deliberar quanto às omissões.

Entre as competências da Anatel, estão as relativas ao controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas às pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

O Conselho Diretor da Anatel tem poder para emitir atos administrativos normativos sobre matérias de sua competência.

Leila CUÉLLAR, em “As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo”, citando o Professor Eros Grau, declara que a função

legislativa é função primária. O ilustre professor menciona o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece o princípio da legalidade em termos relativos como reserva da norma, e mais adiante faz referência aos artigos 5º, inciso XXXIX, 150, inciso I, além do parágrafo único do artigo 170, que tratam da legalidade em termos absolutos, adicionando que “se há matérias que só podem ser tratadas pela lei evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos”.

Assim, sustenta o professor Eros Grau serem válidos os regulamentos autônomos no direito brasileiro em razão de dotarem o Executivo de competência indispensável para a consecução dos fins do Estado.

A legislação expressa e a doutrina unânime demonstram que a Anatel é competente e tem legitimidade para regular as telecomunicações e disciplinar e fiscalizar as atividades das prestadoras de serviços de telecomunicações que operam tanto no regime público em conjunto com o Poder Executivo quanto no regime privado com independência e autonomia.

3.1. Resolução nº 73 – Regulamento de Serviços de Telecomunicações – serviços de comunicação eletrônica de massa

Após a edição da LGT, a Anatel fez publicar, em 25 de novembro de 1998, a Resolução nº 73, depois alterada pela Resolução nº 234, aprovando o Regulamento de Serviços de Telecomunicações.

Tal norma definiu os serviços de TV por assinatura como serviços de comunicação eletrônica de massa¹⁰.

Esse regulamento reproduz os dispositivos da LGT, deixando claro que os serviços de radiodifusão de sons e imagens permanecem no âmbito de competência do Ministério das Comunicações, regulados pela Lei nº 4117/62, e que o serviço de TV a cabo continua regido pela Lei nº 8.977/95.

Além do serviço de Tv a Cabo, outras modalidades de serviços de TV por assinatura ou comunicação eletrônica de massa, como mais especificamente passaram a ser

chamados, estão reguladas na LGT e seus regulamentos, coexistindo com a Lei do Cabo. A disciplina de tais serviços afasta qualquer possibilidade de dúvida, inclusive quanto à competência da Anatel para regulá-los.

4. Regulamentação dos serviços de radiodifusão

O nascimento dos serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão) no Brasil se deu por volta de 1950, sob um sistema de exploração baseado na iniciativa privada, por meio do regime de concessão de serviço público para a iniciativa privada, o qual perdura até os dias de hoje.

Os serviços de radiodifusão foram, desde o início, disciplinados pela Lei nº 4.117/62, que aprovou o Código Brasileiro de Telecomunicações, e posteriormente regulamentados pelo Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão.

Os serviços de radiodifusão são definidos como serviços que compreendem a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão), destinadas a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral¹¹.

Com a publicação da LGT em 1997, grande parte do Código Brasileiro de Telecomunicações foi revogado, passando os serviços de telecomunicações no Brasil a serem regidos pela LGT e organizados pela Agência Nacional de Telecomunicações.

No entanto, a própria LGT, em seu artigo 211, excetuou os serviços de radiodifusão da jurisdição da Agência Nacional de Telecomunicações, mantendo-os sob a organização e fiscalização do Poder Executivo, exercido pelo Ministério das Comunicações¹².

Os serviços de radiodifusão são gratuitos e abertos à comunidade. As emissoras geradoras de sons e imagens recebem sua remuneração em razão da publicidade inserida na programação. A finalidade dos serviços de radiodifusão é educativa e cul-

tural e são considerados serviços de interesse nacional, sendo permitida a exploração comercial destes na medida em que não afete sua finalidade e o interesse nacional.

Dada a importância que essa atividade assumiu, a Constituição conferiu tratamento especial a ela e a propriedade de empresa de TV aberta até 2002 era restrita a brasileiros natos ou naturalizados, cabendo a eles exclusivamente a administração e orientação intelectual da programação.

Em 2002, finalmente, foi dado mais um grande passo em direção à abertura do setor de radiodifusão, que não tinha seguido o exemplo das telecomunicações em relação à permissão de participação do capital estrangeiro.

A Emenda Constitucional nº 36 permitiu a participação de até 30% de capital estrangeiro nas empresas de radiodifusão e jornalismo, permanecendo, no entanto, sob a responsabilidade de brasileiros natos a orientação intelectual¹³.

Em 20 de dezembro de 2002, em obediência ao disposto no parágrafo quarto do artigo 222 da Constituição, já em sua nova redação, foi editada a Lei nº 10.610, que regulamentou a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão, e ainda alterou dispositivos da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, e do Decreto-lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, de modo a adequar a regulamentação existente sobre radiodifusão.

O ato que autoriza determinada empresa a ser prestadora do serviço de radiodifusão é a concessão que, neste caso, é de atribuição exclusiva do Presidente da República Federativa do Brasil e é formalizada por meio da celebração de um contrato de concessão.

Segundo Hely Lopes MEIRELLES (“Direito Administrativo Brasileiro”), o contrato de concessão de serviço público “é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular”.

Logo, ao autorizar o particular, por meio da celebração de um contrato de concessão,

a prestar o serviço de radiodifusão, que é um serviço de interesse nacional, o Poder Público está autorizando o particular a prestar um serviço público em seu lugar.

Uma vez outorgada a concessão para a prestação dos serviços de radiodifusão, a concessionária terá o prazo de 36 (trinta e seis) meses para iniciar a execução do serviço.

4.1. Estações geradoras, retransmissoras e repetidoras

Com a outorga da concessão para a prestação dos serviços de radiodifusão, na qualidade de emissora geradora, a prestadora dos serviços pode prestar tais serviços em âmbito local, regional ou nacional, em determinado tipo de modulação, em horário limitado ou ilimitado e possui a obrigação de licenciar no Ministério das Comunicações, antes da entrada em operação comercial dos seus serviços, uma estação geradora, que é a que lhe permite realizar emissões de sinais ao público em geral e realizar emissões de programas que possuem origem em seus próprios estúdios.

O fato de ter-lhe sido outorgada uma concessão para emissão de sinais na qualidade de geradora autoriza a empresa a transmitir ao público em geral, na localidade onde presta serviços, programação produzida por ela mesma em seus estúdios.

Tal situação é diversa quando se trata dos chamados serviços ancilares ao serviço de radiodifusão de sons e imagens. São os serviços de retransmissão e repetição de sinais de televisão. Esses serviços ancilares permitem que as empresas autorizadas somente retransmitam ou repitam sinais de televisão gerados por uma prestadora do serviço de radiodifusão de sons e imagens.

Assim, repetidoras e retransmissoras não têm autonomia, na medida em que sua existência depende de um contrato inicial com as empresas geradoras de sinais e programação. Ademais, não pode haver uma estação geradora de sinais na região onde as repetidoras e retransmissoras transmitem os mesmos sinais.

A diferença entre essas estações (geradoras, repetidoras e retransmissoras) reside no fato de que a geradora é a única estação autorizada pelo Ministério das Comunicações a realizar emissões de programas que têm origem em seus próprios estúdios, enquanto as retransmissoras e repetidoras somente podem retransmitir ou repetir, para a localidade onde foi autorizada a prestar o serviço, a programação gerada pela empresa que presta o serviço de radiodifusão de sons e imagens.

A finalidade dos serviços de retransmissão e repetição de sinais de televisão é a de possibilitar que os sinais das estações geradoras sejam recebidos em locais por eles não diretamente atingidos ou atingidos em condições técnicas inadequadas.

Tanto os serviços de retransmissão quanto os de repetição de sinais de televisão serão prestados por meio de autorização concedida pelo Ministério das Comunicações, com prazo indeterminado e caráter precário.

Diz-se caráter precário, pois os serviços de retransmissão e repetição de sinais de televisão provenientes de estação geradora somente serão autorizados para localidades onde não exista concessionária para execução do serviço de radiodifusão de sons ou imagens de mesma programação básica ou autorizada.

Caso passe a existir uma concessionária geradora na localidade, transmitindo a mesma programação, a retransmissora estará obrigada a cessar suas operações.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 36, tornou-se possível, de imediato, a permissão para que pessoas jurídicas nacionais, e não somente pessoas físicas, possam deter o controle dos veículos de comunicação. Com essas novas regras, facilitou-se o ingresso do capital estrangeiro, com vistas ao fortalecimento do setor, abrindo-se os horizontes para novos empreendimentos, inclusive sob o aspecto tecnológico – TV digital –, mantendo-se, no entanto, a responsabilidade editorial e de seleção e direção de programação nas mãos dos brasileiros natos.

A abertura do mercado para a exploração das empresas de radiodifusão teve o cuidado de preservar os meios de comunicação social eletrônica, ou o conteúdo veiculado pelos meios de comunicação na mão de brasileiros, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, incluindo-se a TV por assinatura e demais serviços de comunicação multimídia.

Deverão todos os serviços genericamente denominados comunicação eletrônica de massa observar os princípios enunciados na Constituição Federal, que mantém a exclusividade de brasileiros natos na direção e produção da programação e garante a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

Os ex-Presidentes da Câmara Federal e Senado Federal, Deputado Aécio Neves e Senador Ramez Tabet, respectivamente, por ocasião da edição da Emenda Constitucional nº 36, pronunciaram-se sobre o assunto, afirmando a importância de se adaptar as regras que disciplinam as atividades jornalística e de radiodifusão à realidade do mercado contemporâneo e à economia global, assegurando todavia o controle dos meios aos brasileiros, salvaguardando os valores nacionais, exigindo que a produção e programação atendam aos princípios de preferência a finalidades educativas, artísticas culturais e informativas, promoção da cultura nacional e regional, estímulo à produção independente, com a regionalização da produção cultural artística e jornalística nos percentuais estabelecidos em lei.

4.2. Radiodifusão e obrigatoriedade de fornecimento dos sinais a TV por assinatura

Tendo presente as regras sobre os serviços de radiodifusão, forçoso é concluir que as prestadoras de serviço de radiodifusão não são obrigadas a obedecer nenhuma disposição legal que as obrigue a oferecer sinais para qualquer prestadora de serviços de telecomunicações, em especial as provedoras de serviços de TV por assinatura.

Pelo contrário, o que está expressamente determinado na legislação que regula os serviços de radiodifusão é que nenhuma pessoa pode veicular o sinal de uma prestadora de serviços de radiodifusão, salvo se autorizada pela mesma. É o que prevê o art. 48 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962)¹⁴.

Por essa razão, a decisão pela transmissão ou não de determinada programação produzida por uma prestadora de serviços de radiodifusão ou por ela veiculada cabe somente à própria e será retransmitida, repetida ou de qualquer outra maneira transmitida somente se existir autorização expressa para tal fim, outorgada pela própria geradora de sinais conforme dispõe o Regulamento dos Serviços Especiais de Repetição e Retransmissão de TV.

Ressalte-se que é considerado infração o ato de transmitir ou utilizar, total ou parcialmente, as emissões de estações congêneres nacionais ou estrangeiras sem estar previamente autorizadas pela geradora.

4.3. Programação local

No que se refere à necessidade de transmissão de programação local para as operadoras de serviços de radiodifusão, deve ser observado o que segue o Regulamento dos Serviços Especiais de Repetição e Retransmissão de TV.

Tal diploma legal, ao tratar da organização da programação da geradora, em princípio, não determina a necessidade de transmissão de programação local como condição para a obtenção do direito de prestar os serviços.

O que é estipulado, no entanto, é que a prestadora do serviço de radiodifusão deve se comprometer a não transmitir programas que afetem a moral familiar e os bons costumes, como deve observar que sua programação, transmitida ou retransmitida, mantenha um elevado sentido moral e cívico e não atente contra o sentimento público.

Conforme mencionado acima, uma empresa sendo concessionária do serviço de

radiodifusão, na qualidade de geradora, está autorizada a transmitir programação que ela mesma produza, porém este é um direito e não uma obrigação, ficando a critério da concessionária a transmissão ou não de tais programas.

4.4. Direito autoral sobre a programação

A produção de conteúdo para televisão não depende de uma autorização expressa ou da emissão de uma outorga, exceção feita ao conteúdo jornalístico, que é prerrogativa de brasileiros natos, e à obediência às regras especiais contidas na Constituição.

Nem a emissora geradora está obrigada a transmitir programação que tenha produzido, podendo, por conseguinte, comprá-la de terceiros.

Assim, a produção de programação não tem vínculo direto com a concessão de radiodifusão.

A produção de programas de televisão é atividade independente autônoma. As emissoras geradoras de sinais de radiodifusão que têm suas próprias programadoras competem com as demais produtoras e oferecem seus programas juntamente com as outras operadoras de TV por assinatura de forma avulsa.

A produção intelectual de programação é protegida pelo Direito do Autor por intermédio da Lei nº 9.610/98 e em especial, no que diz respeito à programação já veiculada pelas empresas de radiodifusão, cabe a estas últimas o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão ao público, ficando preservados os direitos dos titulares dos bens incluídos na programação¹⁵.

Com a evolução da tecnologia e a possibilidade de comunicação por satélite para fins diversos, como educacionais, informativos, de entretenimento e culturais, programados pelas prestadoras de TV por assinatura, ocorreu a intensificação de casos de ofensa aos direitos autorais, destacando-se a captação não autorizada de sinais portadores de programas, também chamada de “pirataria”.

O Professor Carlos Alberto BITTAR dedicou um livro a respeito do assunto cujo título é “O Direito de Autor nos Modernos Meios de Comunicação”, em que declara:

“Os Estados assumiram o compromisso de tomar medidas para impedir que em seus territórios terceiros não autorizados se aproveitassem de sinais endereçados a um destinatário salvaguardando os direitos de todos os que tenham contribuído para a emissão ou seja os autores, atores e produtores de obras difundidas” (opus cit. p. 91)

Deve-se ter em mente que as emissões de sinais em forma de programas difundidos por satélites encerram muitas vezes obras artísticas, científicas ou literárias, em torno das quais gravitam feixes de direitos reconhecidos universalmente tanto em Convenções Internacionais, como a de Berna e suas revisões de Genebra, como no direito nacional de todos os países do mundo atual. São os direitos autorais em seus diferentes aspectos morais e patrimoniais.

O Professor BITTAR elenca os princípios que regulam a matéria:

“a) necessidade de autorização do Autor ou do titular dos Direitos Patrimoniais para representação ou reprodução da obra; e

b) participação do Autor nos proventos econômicos. Assim por exemplo para que uma obra literária seja difundida pela televisão ou rádio ou de qualquer outra forma é necessária a expressa e precisa autorização do titular do direito mediante remuneração que for convencionada geralmente em função dos resultados econômicos.” (opus cit. p. 91)

Conclui-se, portanto, que a transmissão, por satélite ou por qualquer outro meio, de programas de radiodifusão ou TV por assinatura deve ser precedida da devida proteção, determinada pelas normas convencionais

que disciplinam a transmissão e reprodução das obras intelectuais. É o que ressalta o Prof. BITTAR:

“Desnecessário texto expresso para o fim proposto: nos termos em que se acha o sistema e no alcance real que se imprime ao texto da Convenção (de Berna), deve ser considerada abrangida a cabovisão para remunerar-se os autores e demais que contribuem para a produção da obra.” (opus cit. p. 94)

O mesmo ocorre com o direito nacional que contém disposições abrangentes quanto à utilização de obras intelectuais, dando ao autor os direitos de autorizar utilizações e de participar nos proventos econômicos estabelecidos em contratos adequados.

A legislação brasileira contém os dispositivos necessários para disciplinar a matéria e não existe diploma legal sobre o assunto que permita a transmissão de programas sem a expressa autorização do produtor.

A própria Lei do Cabo, ao obrigar a operadora licenciada a veicular a emissão de programas da emissora geradora local, por não mencionar a necessidade de autorização, não faz exceção pela simples razão de que não pode derogar implicitamente a legislação especial de proteção ao direito autoral.

5. Radiodifusão e TV por assinatura

5.1. Diferenças de serviços e regulamentação

Serviço de radiodifusão é serviço de comunicação eletrônica de massa, público gratuito, prestado diretamente pelo Estado ou por sua delegação pela iniciativa privada, com finalidade educativa, cultural e, mesmo em seus aspectos recreativo e informativo, é considerado serviço de interesse nacional, sendo permitido somente para exploração comercial, na medida em que não venha a ferir esse interesse e aquela finalidade.

Os serviços de TV por assinatura ou comunicação eletrônica de massa por assina-

tura são serviços de telecomunicações prestados no regime privado, pela iniciativa privada. Tais serviços não têm obrigação de universalização e somente serão oferecidos aos assinantes que os contratarem para veiculação da programação que tiver sido previamente estabelecida pela operadora com os produtores.

A transmissão de canais de radiodifusão pelas operadoras de TV por assinatura não é obrigatória para quase todas as modalidades.

A Lei do Cabo é a única que obriga as prestadoras a oferecerem aos seus assinantes canais abertos de emissora geradora local, com programação que tiver condições técnicas de ser veiculada na localidade onde é oferecido o cabo.

É importante ressaltar que somente são oferecidos os canais abertos de emissora geradora local captados na comunidade onde é oferecida a assinatura do cabo. Assim, pode-se concluir, em princípio, que na localidade em que não houver geradoras tal obrigação não existe.

A obrigação é específica da operação de cabo e não pode ser estendida às demais. Não há lei que imponha tal exigência.

As operadoras de TV por assinatura, nas modalidades MMDS e DTH, caso tenham a intenção de veicular programação de canais abertos, poderão fazê-lo, desde que a programação seja previamente contratada.

No que diz respeito às prestadoras de serviços de radiodifusão, as emissoras geradoras não têm obrigação de veicular seu sinal em todo o território.

Os sinais das TVs abertas são transmitidos pelas emissoras geradoras, retransmissoras e repetidoras. As duas últimas obrigatoriamente compram a programação das geradoras, formando-se assim rede com imagens de TV aberta transmitidas em todo o território nacional.

Existem no Brasil atualmente 282 emissoras geradoras de radiodifusão, cuja transmissão é restrita à área de cobertura de suas concessões.

As geradoras e suas afiliadas, as retransmissoras e repetidoras, quase 8900, formam uma rede composta por parceiros independentes. Tais parceiros têm como atrativo a exclusividade e distribuição do sinal e programação das geradoras em cada localidade, acrescido da transmissão de publicidade local.

Os pagamentos pelos direitos de retransmitir ou repetir os sinais são feitos somente à geradora ou também à programadora, dependendo se essas atividades são exercidas por entidades distintas ou pela mesma. A exclusividade na transmissão dos sinais e publicidade pelos parceiros não pode ser violada.

Assim, uma operadora de TV por assinatura que pretenda veicular sinais locais ou a programação de uma geradora de sinais e/ou de programação de TV aberta deve celebrar contrato com autorização expressa para essa veiculação.

A radiodifusão e TV por assinatura são atividades distintas, reguladas por leis diferentes editadas de modo a produzir uma série diversa de direitos e obrigações, não havendo vinculação entre as duas atividades que não derive da lei ou do contrato.

5.2. Serviços de TV por assinatura e a obrigação de carregar os sinais de radiodifusão

Os serviços de TV por assinatura, ou comunicação eletrônica de massa por assinatura, como são denominados, são prestados em regime privado.

Os serviços de telecomunicações prestados em regime privado devem atender as obrigações constantes da LGT no que concerne à livre iniciativa e princípios da concorrência, obedecendo às resoluções e aos termos e condições dos contratos celebrados com a Anatel, além dos contratos de prestação de serviços celebrados com os usuários.

A obrigação de oferecer serviços de telecomunicações a toda a população, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas, refere-se somente aos serviços de telecomunicações prestados no regime público

(STFC) e não se pode confundir com obrigação de oferecer sinais abertos de televisão – radiodifusão – e muito menos os serviços de telecomunicações sob o regime privado como a TV por assinatura.

Os serviços de TV por assinatura, originalmente prestados sob o regime de permissão, são hoje considerados serviços no regime privado, objeto de outorga de autorizações, em especial a licença de DTH.

Não obstante a Lei do Cabo obrigar a operadora a transmitir os sinais da TV aberta na sua área de prestação do serviço, tornando disponíveis diversos canais expressamente elencados¹⁶, tal obrigação é limitada e condicional, dependendo claramente de o sinal da TV aberta alcançar a área de serviço da operadora TV a cabo com nível técnico adequado e de a operadora geradora autorizar a veiculação de sua programação.

A impossibilidade de se aplicar a Lei do Cabo por analogia às demais transmissões de TV por assinatura deve-se ao fato de que leis especiais foram editadas na mesma época regulando outras modalidades do mesmo serviço sem menção expressa à TV aberta.

Ademais, a transmissão de TV aberta é regional e, dependendo da geradora ou retransmissora, a programação é vinculada à publicidade local, existindo um entrave quanto à sua captação e retransmissão pela operadora DTH que tem seus sinais elevados ao satélite e em seguida devolvidos à superfície com transmissão nacional, sem segregar qualquer região.

Deve ser respeitada a regionalidade das concessões de radiodifusão, sob pena de infrações a contratos de programação e à exclusividade de publicidade local, que deixaria de ser veiculada com o sinal recebido por satélite e transmitido em âmbito nacional.

5.3. Mercado relevante de TV por assinatura e radiodifusão: caso Direct TV versus TV Globo – desnecessidade de disponibilizar canal aberto na programação de DTH

É bastante ilustrativa a questão dirimida pelo Conselho Administrativo de Defesa

Econômica – CADE – entre a operadora da DTH, TVA Sistema de Televisão S/A ou Direct TV, e a emissora geradora de radiodifusão, TV Globo Ltda., bem como sua programadora, TV Globo São Paulo Ltda., no processo administrativo nº 53500.000359/99.

A discussão versou a respeito da obrigação destas últimas de oferecer seus sinais ou de certas afiliadas que transmitem sua programação para serem transmitidos pelas operadoras de TV por assinatura.

A argumentação baseou-se nas práticas leais e desleais de concorrência com exame abrangente e aprofundado do mercado relevante de TV por assinatura e radiodifusão. Com fundamento no conceito de bem essencial e indispensável à concorrência, bem como na interpretação das regras de direito regulatório de telecomunicações e radiodifusão, as partes apresentaram argumentos pró e contra a obrigatoriedade da geradora de radiodifusão de oferecer sinais à TV por assinatura de serviços DTH.

O processo administrativo foi apreciado pelo CADE e a decisão foi pelo afastamento da vinculação da atividade de radiodifusão à teoria de bem essencial no que diz respeito à veiculação de canal aberto por TV por assinatura, em especial a que utiliza a tecnologia de satélite DTH.

A conclusão dos Conselheiros do CADE foi a de que, para que um bem seja identificado como *essencial facility*, é necessário que o acesso a ele seja essencial para viabilizar a concorrência e não possa ser duplicado. Não basta somente que o acesso seja mais conveniente ou menos dispendioso ao concorrente.

Essa não era em absoluto a situação das partes envolvidas na discussão, pois os assinantes da operadora de TV por assinatura têm total acesso gratuito à transmissão da TV Globo.

A aplicação do princípio do *essencial facility*, conforme alegaram os defensores da TV Globo, tem levado a distorções e oportunismos quando o agente se aproveita dos esforços da concorrente.

Não há no direito concorrencial, como se lê na argumentação apresentada no processo administrativo, o dever de compartilhar o canal de TV aberta.

Ao contrário, a lei concorrencial protege a utilização exclusiva das vantagens que o agente adquiriu, desenvolvendo seu negócio, ainda que torne impossível ou difícil aos concorrentes o desenvolvimento de negócios semelhantes.

Para que haja a obrigação de compartilhar o bem por ser *essencial facility*, deve o interessado provar que a recusa de uso do bem tido como essencial eliminará a maioria ou todos os competidores do mercado.

Aplicando-se o raciocínio desenvolvido nos autos do processo administrativo nº 53500.000359/99 examinado pelo CADE, conclui-se que a oferta de canais abertos ou programação de TV aberta pelas prestadoras de TV por assinatura aos seus assinantes somente é obrigatória no caso da TV a Cabo e, ainda assim, motivada pela Lei do Cabo sempre com autorização expressa da geradora.

Ademais, a aplicação, por analogia, dos dispositivos da Lei do Cabo que obrigam a transmissão de canais de TV para as demais prestadoras de TV por assinatura não tem fundamento, pois a regra correta é a da utilização da analogia somente em caso de omissão das normas para regular a situação. No caso específico das operadoras de TV por assinatura – DTH, a Norma nº 8, no seu item 5.3, exige manifestação expressa das empresas de radiodifusão para uso ou proibição de retransmissão de sua programação.

Também foi ressaltada na decisão a necessidade de se proteger o direito autoral de programação e direito de livre negociação entre as partes, especialmente em se tratando de transmissão de programação em DTH a assinantes. É de se ressaltar que a TV por assinatura é um serviço de telecomunicações prestado em regime privado e, portanto, não sujeito a qualquer restrição sem contrapartida que compense o exercício da atividade.

Um outro argumento contra a interpretação teleológica da Lei do Cabo é a impossibilidade de sua aplicação parcial e seletiva.

No caso da TV a Cabo, existe restrição a investimento estrangeiro na participação do capital social e, no caso da operadora de TV por assinatura – DTH, os sócios podem ser estrangeiros em sua maioria ou totalidade.

Ainda como um último argumento desfavorável à aplicação por analogia da Lei do Cabo às demais operações de TV por assinatura, existe o aspecto de que não caberia à operadora a escolha dos canais de TV aberta, devendo ela, de acordo com a lei, transmitir todos os disponíveis.

Finalmente, não se pode esquecer o que já foi mencionado a respeito da proteção do direito autoral à programação e sobre a necessidade de prévia contratação para divulgação da programação, que envolve, além da produção do evento, direito de imagem de artistas, direito de criação de obras musicais e de divulgação de outros tipos de obras literárias, artísticas e científicas.

Deve ficar claro, por outro lado, que a concessão de radiodifusão no Brasil é delegação do Poder Concedente, mas, mesmo sendo um serviço de interesse público, é prestada pela iniciativa privada.

Ademais, aquele que tem direito de transmitir sinais deve preencher esses sinais com conteúdo ou programação própria ou de terceiros, e, em ambos os casos, tal programação é objeto de uma produção protegida pelo direito autoral.

5.4. TV digital e os serviços de TV por assinatura e radiodifusão

As características específicas dos serviços de radiodifusão e TV por assinatura, bem como as diferenças entre as regras que os disciplinam, não foram suficientes para os distanciar por completo. Ambos são serviços de comunicação e transmitem conteúdo ou programação a telespectadores e radioespectadores, sendo que, aos primeiros, de forma indistinta, unilateral e gratuita e, aos

segundos, previamente identificados, sob contrato e contra pagamento pelos serviços.

Após a análise da legislação em vigor sobre as duas atividades e o exame dos principais pontos de convergência e de divergência entre eles, pode-se concluir que a edição de um marco regulatório comum, que tenha por objeto padronizar e harmonizar as regras dispersas, confirmando a denominação genérica de serviços de comunicação eletrônica de massa ou comunicação social, será o passo mais acertado do Poder Legislativo.

A Emenda Constitucional nº 8, ao introduzir a possibilidade de exploração dos serviços públicos de telecomunicações pela iniciativa privada, acabou por diferenciar os serviços de telecomunicações e radiodifusão.

O marco regulatório do setor de telecomunicações, a LGT, reforçou essa diferença ao manter a radiodifusão regida pela Lei nº 4.117/62 e reafirmar a validade da Lei do Cabo para disciplinar uma das formas do serviço de TV por Assinatura.

Decorridos cinco anos da entrada em vigor da LGT e da atuação da Anatel como agência reguladora do setor de telecomunicações, com a introdução da competição no setor e o aparecimento de novas tecnologias aplicadas a todos os serviços, constata-se que a convergência entre os serviços de radiodifusão e TV por assinatura é inexorável.

Os diversos padrões de transmissão digital de sons e imagens levaram à atual discussão sobre a escolha do modelo que o Brasil deverá adotar para a transmissão digital de programações.

Tal discussão é de suma importância na continuidade e no desenvolvimento de ambos os serviços tanto de radiodifusão quanto de TV por assinatura.

A questão do conteúdo local e regional apresenta-se disciplinada nas regras da legislação de radiodifusão e não é objeto de tratamento adequado na legislação de TV por assinatura, cerceando sua expansão. Essa expansão acabou por sofrer um “congelamento” em virtude de sua total depen-

dência de programação estrangeira, com custos atrelados ao dólar e conseqüentemente refletidos no valor da assinatura inacessível à maioria da população brasileira.

De outro lado, a programação das geradoras de radiodifusão é adequada à grande maioria da população brasileira e sua penetração é impressionante, visto que atinge mais de 98% dos lares no Brasil.

Não obstante o sucesso de programação, o modelo comercial e financeiro das redes de radiodifusão provou, ao longo do tempo, ser também inadequado, já que a grande maioria das empresas é deficitária e hoje dependente de investimento novo para que possa saldar suas dívidas e se expandir de modo saudável.

Assim, tanto pelo lado da tecnologia, com a introdução do padrão digital, quanto pelo lado da legislação, ambos os setores reúnem condições de exercer um papel importante na modificação e reencaminhamento das atividades dos serviços de comunicação eletrônica de massa, de modo que seja possível evoluir mais um passo em direção à sociedade da informação e inserir o Brasil como parceiro mundial nesta área também.

5.5. Legislação – uniformização das regras de TV por assinatura e radiodifusão “Comunicação Social Eletrônica”

A escolha do padrão digital não depende diretamente de mudanças ou adaptações de normas legislativas, mas está condicionada a estudos tecnológicos e pesquisas sobre as vantagens e desvantagens para o país em termos de aumento de receitas diretas e indiretas, decorrentes da escolha da tecnologia para fabricação dos aparelhos e adaptadores, bem como do desenvolvimento de nova programação e prestação de serviços acessórios, atrelados à implementação da nova tecnologia.

A necessidade de elaboração de novo código ou marco regulatório é urgente. Por seu intermédio, será possível evoluir na disciplina da prestação dos serviços, conteúdo de programação, bem como estabelecer in-

centivos e fomento ao desenvolvimento regional e nacional à educação e cultura.

A alternativa da criação de uma lei única foi prevista por vários anteprojetos da Lei de comunicação eletrônica de massa, que datam de 1999.

Naquela época, tal legislação era vista como a seqüência natural do planejamento para a modernização das comunicações no Brasil.

O documento, que teve seis versões, foi deixado pelo Ministro Sérgio Motta e tinha como objetivo principal reorganizar e consolidar as regras da Lei nº 4.117/62, os dispositivos da Lei do Cabo e das demais resoluções sobre o MMDS e DTH, além de trazer capítulos sobre utilização de infra-estrutura, compartilhamento e programação.

Tal anteprojeto teve sua tramitação suspensa e foi depois substituído por um que visava somente atualizar a regulamentação dos serviços de radiodifusão, deixando de lado qualquer referência à convergência entre TV por assinatura e radiodifusão.

Atualmente, com a posse do novo governo, o Ministério das Comunicações anunciou a retomada da idéia inicial de regulação conjunta e novos anteprojetos da Lei de Comunicação Social Eletrônica já estão sendo estudados.

A oportunidade de revisão e consolidação das regras que disciplinam o serviços de TV por assinatura e o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens deve ser aproveitada. Com a edição de um novo diploma legal, o Brasil irá galgar mais um grande passo na direção da sua inserção como um país que oferece todas as condições necessárias para que seus membros participem da comunidade global digital, garantindo a plenitude do exercício do direito de acesso à informação.

Notas

¹Lei 8.977/95, art. 42. “Os atuais detentores de autorização do Serviço de Distribuição de Sinais de TV por Meios Físicos – DISTV, regulado pela Por-

taria nº 250, de 13 de dezembro de 1989, do Ministro de Estado das Comunicações, outorgadas até 31 de dezembro de 1993, que manifestarem formalmente ao Ministério das Comunicações o seu enquadramento nas disposições desta Lei, terão suas autorizações transformadas em concessão para execução e exploração do serviço de TV a Cabo, pelo prazo de quinze anos, contado a partir da data da outorga da concessão.

§1º A manifestação de submissão às disposições desta Lei assegurará a transformação das autorizações de DISTV em concessão para a prestação do serviço de TV a Cabo e deverá ser feita no prazo máximo e improrrogável de noventa dias, a partir da data da publicação desta Lei.

§2º O Poder Executivo, de posse da manifestação de submissão às disposições desta Lei, tal como prevê este artigo, expedirá, no prazo máximo e improrrogável de trinta dias, o correspondente ato de outorga da concessão para a prestação do serviço de TV a Cabo.

§3º As autorizatárias do serviço de DISTV que ainda não entraram em operação e tiverem a sua autorização transformada em concessão do serviço de TV a Cabo terão o prazo máximo e improrrogável de doze meses para o fazerem, a contar da data da publicação desta Lei, sem o que terão cassadas liminarmente suas concessões.”

²A Norma nº 008/97, que regula o DTH, dispõe em sua cláusula 2ª:

“Serviço DTH é uma das modalidades de Serviços Especiais regulamentados pelo Decreto nº 2.196, de 8 de abril de 1997, que tem como objetivo a distribuição de sinais de televisão ou de áudio, bem como de ambos, através de satélites, a assinantes localizados na área de prestação do serviço.”

³ “Emenda nº 8: “Art 21 Compete à União: (...)

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

⁴ Constituição 88: “Art 21. Compete à União:

XI – explorar mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

XII – explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações”.

⁵Art. 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.

⁶Art. 1º. O serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral será prestado nos regimes público e privado, nos termos dos artigos. 18, inciso I, 64 e 65, inciso III, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e do disposto neste Plano Geral de Outorgas.

§1º. Serviço telefônico fixo comutado é o serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia.

Art. 2º. São direitos das prestadoras do serviço a que se refere o art. 1º a implantação, expansão e operação dos troncos, redes e centrais de comutação necessários à sua execução, bem assim sua exploração industrial.

Art. 3º. Aos demais serviços de telecomunicações, não mencionados no art. 1º, aplica-se o regime jurídico previsto no Livro III, Título III, da Lei nº 9.472, de 1997. (Regime Privado)

⁷Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

I – a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;

II – nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;

IV – o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;

V – haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

⁸ conforme esclarece o art. 8º, parágrafo 2º, da LGT.

⁹ LGT, art. 214: Na aplicação desta Lei, serão observadas as seguintes disposições:

I – os regulamentos, normas e demais regras em vigor serão gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela Agência, em cumprimento a esta Lei;

II – enquanto não for editada a nova regulamentação, as concessões, permissões e autorizações continuarão regidas pelos atuais regulamentos, normas e regras.

¹⁰ Art. 4º “Serviço de telecomunicações prestado no regime privado, de interesse coletivo, destinado a difusão unidirecional ou comunicação assi-

métrica, entre o prestador e os usuários em sua área de serviço, de sinais de telecomunicações, para serem recebidos livremente pelo público em geral ou por assinantes.”

¹¹ Decreto nº 52.795 de 31 de outubro de 1963: Art. 1º - Os serviços de radiodifusão, compreendendo a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão), a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral, obedecerão aos preceitos da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, do Decreto nº 52.026, de 20 de maio de 1963, deste Regulamento e das Normas baixadas pelo Ministério das Comunicações, observando, quanto à outorga para execução desses serviços, as disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Parágrafo único. Os serviços de radiodifusão obedecerão, também às normas constantes dos atos internacionais em vigor e dos que no futuro se celebrarem, referendados pelo Congresso Nacional.

Art. 3º – Os serviços de radiodifusão têm finalidade educativa e cultural, mesmo em seus aspectos informativo e recreativo, e são considerados de interesse nacional, sendo permitido, apenas, a exploração comercial dos mesmos, na medida em que não prejudique esse interesse e aquela finalidade.

¹² Art. 211. A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.

Parágrafo único. Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações.

¹³Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

§3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípi-

os enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

§4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o §1º.

§5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o §1º serão comunicadas ao Congresso Nacional.”

¹⁴ Lei 4.117/62, art. 48: Nenhuma estação de radiodifusão poderá transmitir ou utilizar, total ou parcialmente, as emissões de estações congêneres, nacionais ou estrangeiras, sem estar por estas previamente autorizada. Durante a irradiação, a estação dará a conhecer que se trata de retransmissão ou aproveitamento de transmissão alheia, declarando, além do próprio indicativo e localização, os da estação de origem.

¹⁵ Lei 9.610/98, art 95: Cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como comunicação ao público em locais de frequência coletiva sem prejuízo dos direitos dos titulares dos bens incluídos na programação.

O artigo 95, por sua vez, reproduz o artigo 99 da Lei 5.988/73 que, por sua vez, já reproduzia fielmente o artigo 5º da Lei 4.944/66, ratificando a Convenção Internacional para proteção aos artistas e intérpretes ou executantes.

¹⁶ Art. 23. A operadora de TV a cabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais para as seguintes destinações:

I - CANAIS BÁSICOS DE UTILIZAÇÃO GRATUITA:

a) canais destinados à distribuição obrigatória, integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, da programação das emissoras geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em VHF ou UHF, abertos e não codificados, cujo sinal alcance a área do serviço de TV a Cabo e apresente nível técnico adequado, conforme padrões estabelecidos pelo Poder Executivo;

b) um canal legislativo municipal/estadual, reservado para uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores localizadas nos municípios de área de prestação do serviço e a Assembléia Legislativa do respectivo Estado, sendo o canal voltado para a documentação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

c) um canal reservado para a Câmara dos Deputados, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

d) um canal reservado para o Senado Federal, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

e) um canal universitário, reservado para o uso compartilhado entre as universidades localizadas

no município ou municípios da área de prestação do serviço;

f) um canal educativo/cultural, reservado para utilização pelos órgãos que tratam de educação e cultura no governo federal e nos governos estadual e municipal com jurisdição sobre a área de prestação do serviço;

g) um canal comunitário aberto para utilização livre por entidades não governamentais e sem fins lucrativos.

Bibliografia

AZULAY NETO, Messod; LIMA, Antonio Roberto Pires de. *O novo cenário das telecomunicações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 517 p.

BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de autor nos meios modernos de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. 140 p.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. 159 p.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Poder regulamentar das autarquias. In: _____. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953. 428 p.

HERRERA, Alejandra. *Introdução ao estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil*. [São Paulo: Singular, 2003]. 255 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 792 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder regulamentar das agências*.

Glossário

Banda – determinada faixa de frequências do espectro eletromagnético. (fonte: Anatel)

Banda C – faixa de frequências de microondas situada entre 3,7 GHz e 4,2 GHz. É utilizada na comunicação por satélites e também em links terrenos. O termo é usado também para designar os primeiros serviços de TV via satélite, que usavam essa faixa de frequências. (fonte: Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura – ABTA)

Banda KU – faixa de frequências de microondas de 10,95 a 12,7 GHz usada para aplicações espaciais e nos serviços de DTH. (fonte: Anatel)

Cabo Coaxial – é um cabo de alta capacidade usado nos serviços de telecomunicações. Contém um fio contínuo isolado por um material dielétrico e cercado por um protetor metálico sólido ou trançado, envolvidos em uma capa plástica. (fonte: Anatel)

DISTV – Serviço de Distribuição de Sinais de TV por Meios Físicos.

DTH “Direct to home” – serviço de distribuição de sinais do satélite diretamente para a casa do assinante. (fonte: ABTA)

Espectro – faixa contínua de frequências, habitualmente larga, dentro da qual as ondas valores discretos de frequência de determinada natureza têm alguma propriedade em comum.(fonte: Anatel)

Espectro Radioelétrico – parte do espectro eletromagnético que é, do ponto de vista do conhecimento tecnológico atual, passível de uso por sistemas de radiocomunicação. (fonte: Anatel)

MMDS “Multichannel Multipoint Distribution Service” (Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal) – é uma modalidade de serviço especial que se utiliza de faixa de microondas para transmitir sinais a serem recebidos em pontos determinados dentro da área de prestação de serviço. (fonte: Anatel)

Modulação – processo através do qual certas características de uma onda são modificadas em função de uma característica de uma outra onda ou sinal. É o processo de agregar um sinal de informação a uma frequência de rádio, de maneira que na recepção essa informação possa ser selecionada e isolada de outros sinais transmitidos. (fonte: Anatel)

“Must carry” – Obrigações das operadoras de TV por assinatura a transportarem os canais abertos. (fonte: ABTA)

Ponto a ponto – comunicação entre um único ponto de origem e um único ponto de destino. (fonte: Anatel)

Radiochamada – serviço especial de telecomunicações destinado a transmitir, de forma unidirecional, sinais de chamada especialmente codificados, endereçados a receptores móveis dos assinantes do serviço. Os terminais utilizados podem apenas emitir um tom de áudio ou, os mais sofisticados, receber curtas mensagens em forma de texto. Estão destinadas a esse serviço as faixas de radiofrequências 929 MHz e 931 MHz. (fonte: Anatel)

Serviço de Telecomunicações de Interesse Coletivo – é aquele cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação. (fonte: Anatel)

Serviço de Telecomunicações de Interesse Restrito – é aquele destinado ao uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, observados os requisitos da regulamentação, e dar-se-á somente em regime privado. (fonte: Anatel)

UHF “Ultra High Frequency” – faixa de radiofrequências entre 300 MHz e 3000 MHz. (fonte: Anatel)

VHF “Very High Frequency” – faixa de radiofrequências entre 30 MHz e 300 MHz. (fonte: Anatel)