

CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
Subchefia para Assuntos Jurídicos

NOTA SAJ Nº 855/2006 - JVLJ

INTERESSADO: Ministério das Comunicações.

ASSUNTO: Proposta de Decreto que proíbe a codificação, por qualquer forma, das transmissões da íntegra dos jogos da Copa do Mundo de Futebol de 2006. Nota favorável.

Palavras-chave: Telecomunicações; radiodifusão; Código Brasileiro de Telecomunicações; CBT; Lei Geral de Telecomunicações; LGT; direito de arena; direito autoral; direito desportivo; direito de retransmissão por satélite.

NUP: 53000.038653/2006-21

Senhor Subchefe:

Relatório

1. O Ministro de Estado das Comunicações submete à apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República Projeto de Decreto que proíbe a codificação dos sinais de sons e imagens ao vivo da Copa do Mundo de Futebol de 2006.

2. A minuta está acompanhada do parecer favorável da Consultoria Jurídica do Ministério interessado, que opinou pela constitucionalidade e juridicidade do projeto em análise. Ainda não houve manifestação da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais – SAG sobre o tema.

3. A questão é que o contrato celebrado com subsidiária de emissora de radiodifusão situada no País determina a esta que codifique o sinal emitido para suas retransmissoras, a fim de que as imagens e sons dos jogos não possam ser vistos em países não licenciados a retransmitir os jogos da Copa. O sinal é emitido, pela central de empresa de radiodifusão, a satélite que o retransmite para todo o Território Nacional, podendo ser captado em territórios de países vizinhos. Este sinal usualmente é aberto, propiciando a visualização da imagem por todos que disponham de recepção por antena parabólica. É, inclusive, captado e retransmitido para recepção independente de satélite, livre e gratuita, em milhares de municípios do país, através de retransmissoras, operadas por entidades governamentais e não governamentais, que não compõem as redes das empresas radiodifusoras, fazendo parte do recém instituído Serviço de Retransmissão de Televisão.

Análise Jurídica:

Natureza do direito de arena:

4. O direito de licenciar a transmissão de espetáculos desportivos compõe o chamado direito de arena, que é tradicionalmente considerado parte do direito autoral, tanto que se encontrava regulado nos arts. 100 e segs. da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que tratava deste assunto. Hoje, o direito de arena é regulado da seguinte forma pela Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto – Lei do Desporto:

“Art. 42. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem.”

“§ 1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento.”

“§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins, exclusivamente, jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo.”

“§ 3º O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.”

A esta norma corresponde a da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que trata de direitos autorais:

“Art. 95. Cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação.”

Restrição do direito de arena ao licenciamento – ilegitimidade quanto à regulação de uso do espectro por particular:

5. Por tais normas, a detentora do direito de arena e as radiodifusoras podem autorizar ou proibir, inclusive, a retransmissão ou transmissão de espetáculo desportivo. Mas poderão estabelecer o modo como esta retransmissão ou transmissão é feita? Poderão estabelecer que a retransmissão será codificada, e apenas a transmissão será aberta?

6. A resposta é negativa, por causa do regime jurídico do espectro de radiofrequências. O espectro de radiofrequências é bem público, constituindo bem de uso comum do povo, como assevera Celso Antônio Pacheco Fiorillo, no seu Direito Ambiental Brasileiro:

“Exercendo direito fundamental, todo e qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no País tem direito à informação captada através de meios que utilizam o espectro eletromagnético, caso do rádio e da televisão, podendo responder em face de eventuais agravos que venha a sofrer, bem como receber indenização por dano sofrido - material, moral ou à imagem (CF, art. 5º, V) -, ou em razão de ter violadas pelas transmissões de rádio ou televisão sua intimidade, vida privada ou honra (art. 5º, X)” (Ed. Saraiva, pg. 184).

7. Para se transmitir sons e imagens se faz uso deste espectro. Este uso, em território nacional, é estabelecido por concessão. Mas a posse é da União, e a determinação de como será usado é atribuição permanente da União. É o que determinam as seguintes normas:

LGT:

- da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações -

“Art. 157. O espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência.”

(...)

“Art. 161. A qualquer tempo, poderá ser modificada a destinação de radiofrequências ou faixas, bem como ordenada a alteração de potências ou de outras características técnicas, desde que o interesse público ou o cumprimento de convenções ou tratados internacionais assim o determine.”

- do Decreto nº 52.795, de 1963 – Regulamento dos Serviços de Radiodifusão:

“Art 24. O Direito ao uso e gozo das frequências, consignadas a cada estação substituirá, sem prejuízo da faculdade conferida pelo artigo anterior, enquanto vigorar a concessão ou permissão.”

“Parágrafo único. Em qualquer caso, as frequências consignadas não constituem direito de propriedade da entidade, incidindo sempre sobre as mesmas o direito de posse da União.”

(...)

“Art. 28 - As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas aos seguintes preceitos e obrigações:”

(...)

“4 - submeter-se à ressalva de que a frequência consignada à entidade não constitui direito de propriedade e ficará sujeita às regras estabelecidas na legislação vigente, ou na que vier a disciplinar a execução do serviço de radiodifusão, incidindo sobre essa frequência o direito de posse da União;..”

E, expressamente proibindo que a radiodifusão seja objeto de restrição ou regulação em contrato entre particulares, temos a seguinte norma deste Regulamento:

“Art 25. Sem prévia aprovação do Governo Federal não poderá ter execução nenhum acordo ou convênio entre concessionárias ou permissionárias de serviços de radiodifusão, ao que se refere à utilização das frequências que lhes forem consignadas e à execução dos serviços.”

Em razão destas normas, a detentora do direito de arena e as radiodifusoras não têm legitimidade para fazer exigências contratuais relativas ao uso de bem público, especificamente, o espectro de radiofrequências.

8. Em relação às regulações internacionais, a norma do Artigo 2º da Convenção Relativa à Distribuição de Sinais Portadores de Programas Transmítidos por Satélite não protege a pretensão contratual em análise. Senão, vejamos:

“1) Os Estados Contratantes obrigam-se a tomar todas as medidas adequadas para impedir que, no seu território ou a partir do mesmo, sejam distribuídos quaisquer sinais portadores de programas por um distribuidor a quem os sinais emitidos para ou através do satélite não sejam destinados. Esse compromisso aplica-se ao caso em que o organismo de origem seja de outro Estado Contratante e em que os sinais distribuídos sejam sinais derivados.”

(...)

‘ARTIGO 3º’

‘A presente Convenção não se aplica quando os sinais emitidos pelo organismo de origem, ou por sua conta, são destinados à recepção directa pelo público em geral a partir do satélite.’ (fonte: <http://www.gddc.pt/siii/docs/dec19-1988.pdf>).

Pelo texto, vemos que a obrigação do Estado Brasileiro agir só surgiria se a radiodifusora sita no Território Nacional não estivesse licenciada para realizar as transmissões. O que quem se sentir prejudicado pode fazer, então, é buscar processar quem se apropriar indevidamente do sinal em outros países, e não restringir o direito do telespectador brasileiro. É o que diz a Convenção no item “3” do mesmo Artigo:

“3) O compromisso previsto no anterior n.º 1) não abrange a distribuição de sinais derivados provenientes de sinais já distribuídos por um distribuidor ao qual estavam destinados os sinais emitidos.”

E o seu Artigo 7º dispõe que “a presente Convenção não deve de modo algum ser interpretada como limitando a competência de um Estado Contratante relativa à aplicação da sua legislação nacional para impedir qualquer abuso de monopólio”.

9. E, não se pode dizer que o contrato em questão não estaria sujeita a legislações nacionais. As normas supra citadas do ordenamento pátrio têm respaldo no direito internacional, especificamente no seguinte 44º Artigo da Constituição e Convenção da União Internacional de Telecomunicações:

“196.2. – Na utilização de bandas de frequência para as radiocomunicações, os membros terão em atenção o facto de as frequências e a órbita dos satélites geo-estacionários serem recursos naturais limitados que devem ser utilizados de forma racional, eficaz e económica, em conformidade com as disposições do Regulamento das Radiocomunicações, a fim de permitir aos diversos países, ou grupos de países, um acesso equitativo a essa órbita e a essas frequências, tendo em conta as necessidades particulares dos países em desenvolvimento e a situação geográfica de certos países.” (fonte: <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=591>).

10. Esclareça-se, inclusive, que por se tratar de atividade desempenhada em regime de concessões ou permissões, os decretos têm ampla autonomia para regular as atividades de radiodifusão. Deve-se apenas respeitar o chamado marco regulatório inicial, pelo qual a concessionária tem direito à condição de economicidade vigente quando da concessão. No caso da expedição de decreto conforme a Minuta em análise, esta economicidade não restará atingida, pois não haverá imposição de custos às empresas de radiodifusão.

11. Em razão destas normas, é inegável que os detentores do direito de arena e as radiodifusoras têm direito ao licenciamento da radiodifusão do espetáculo. Mas, feito este licenciamento, a radiodifusão deve se dar de acordo com os regulamentos postos – particulares não podem dispor quanto à maneira de proceder a radiodifusão.

A radiodifusão gratuita como bem público acessível a todos, e não bem de consumo de acesso restrito:

12. O espetáculo submetido à radiodifusão gratuita se insere em serviço público e sujeita as partes às normas da concessão. Se o objeto do contrato firmado com a detentora do direito de arena fosse a distribuição do sinal mediante retribuição do usuário final, então teríamos um contrato de meio de fornecimento de bem de consumo, como inclusive determina o supra citado § 3º do art. 42 da Lei do Desporto. Mas, quando há concordância em que o espetáculo seja disponibilizado gratuitamente à população nacional atendida por concessionária de serviço público, permite-se que este espetáculo não mais seja considerado bem de consumo, mas

verdadeiro bem público, inserido em outro bem de domínio público, que é o espectro de radiofrequências.

13. O espectador deixa de ser mero consumidor, para passar à condição de administrado, que tem direito ao serviço, que é concedido à empresa de radiodifusão, e à programação por ela transmitida. E como se pode restringir o direito de alguém a esta programação? Nem a Administração tem competência, nem o detentor do direito de arena e as radiodifusoras têm legitimidade para tanto.

14. Pelo contrário, incumbe ao Poder Público garantir que a programação distribuída gratuitamente através do espectro de radiofrequências seja amplamente acessível à população, dando efetividade às seguintes normas:

- da Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962 – Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT:

“Art. 6º Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam:’

(...)

‘d) serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão;’

“Art. 38. Nas concessões, permissões ou autorizações para explorar serviços de radiodifusão, serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas:’

(...)

‘d) os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade das empresas de radiodifusão estão subordinadas às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando aos superiores interesses do País;..’

- do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão:

“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 permitida, apenas, a exploração comercial dos mesmos, na medida em que não prejudique esse interesse e aquela finalidade.’

‘§ 1º Para atingir tal finalidade, o CONTEL, de acordo com a legislação em vigor, promoverá as medidas necessárias à instalação e funcionamento de estações radiodifusoras no território nacional.’

“Art. 28 - As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas aos seguintes preceitos e obrigações:’

(...)

‘11- subordinar os programas de informação, divertimento, propaganda e publicidade às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão;’

15. Esclareça-se que o CONTEL foi extinto na reforma administrativa iniciada pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, passando suas atribuições precipuamente ao Ministério das Comunicações. E que o CBT não foi revogado, quanto à radiodifusão, como se vê no art. 215, I da LGT.

16. Então, há interesse público em que a radiodifusão se mantenha aberta, na maior amplitude possível dos contratos de concessão. E nisso acede o detentor do direito de arena

quando efetua contrato com estas concessionárias. Afinal, o desenvolvimento que a radiodifusão alcançou ocorreu porque esta foi alçada de meio de comunicação restrito, pela qual a população tinha que pagar taxa para ter acesso (conforme art. 115 do CBT), a meio de comunicação de massa, assumindo papel de meio de integração e afirmação de valores nacionais.

O direito dos usuários dos Serviços de Retransmissão de Televisão aberta:

17. Há hoje, no Território Nacional, uma miríade de municípios que repassam o sinal das emissoras de radiodifusão aberta através do Serviço de Retransmissão de Televisão, regulamentado pelo Decreto nº 5.371, de 17 de fevereiro de 2005. Dispõe o citado Decreto que:

“Art. 1º O Serviço de Retransmissão de Televisão (RTV) é aquele que se destina a retransmitir, de forma simultânea ou não simultânea, os sinais de estação geradora de televisão para a recepção livre e gratuita pelo público em geral.”

(...)

“Art. 7º Os Serviços de RTV e de RpTV têm por finalidade possibilitar que os sinais das estações geradoras sejam recebidos em locais por eles não atingidos diretamente ou atingidos em condições técnicas inadequadas.”

Ao regular este serviço, o Estado reconhece aos administrados destes municípios o direito à continuidade do serviço público, que não pode ceder a interesses particulares. Se o sinal da radiodifusão aberta pudesse ser codificado ao arbítrio de particulares, esta continuidade estaria comprometida. Por mais esta razão, procede juridicamente a intenção da União de assegurar que as emissões da radiodifusão aberta sejam por todos alcançadas.

Conclusão

18. Por todo o exposto, pode-se concluir que o direito de arena e o direito autoral de espetáculo desportivo são restritos à possibilidade de licenciamento, sem alcançar o direito de dispor do espectro de radiofrequências – que é bem público – para codificar emissão destinada à radiodifusão aberta. Assim destinada, a transmissão do espetáculo passa a compor bem de uso comum do povo, e há interesse público em garantir o acesso deste bem a todos. Há, inclusive, interesse público específico que será atingido se o sinal for codificado, quanto à continuidade do Serviço de Retransmissão de Televisão aberta.

Encaminhamento

19. Posto isto, há amplas razões para qualificar como jurídica a edição do decreto, conforme proposto na Minuta analisada. Sugere-se, assim, que, se as razões apresentadas pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais não importem em objeção, seja encaminhada a Proposta para final consideração e assinatura pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

Brasília, 24 de março de 2006

João Vargas Leal Júnior
Advogado da União