



## SENADO FEDERAL CONSULTORIA LEGISLATIVA

### ESTUDO Nº 244, DE 2003

Referente à STC nº 200303913, da Secretaria-Geral da Mesa, que solicita elaboração de *parecer jurídico, em complementação às informações apresentadas na Nota Técnica nº 812, de 2003.*

#### I – RELATÓRIO

Cuida-se de solicitação da Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal (SGM), em que se requer a elaboração de *parecer jurídico, em complementação às informações apresentadas na Nota Técnica nº 812, de 2003, dessa Consultoria Legislativa, conforme Nota anexa.* No mencionado anexo, o órgão solicitante esclarece que:

Atendendo o pedido formulado pelo Conselho de Comunicação Social, foi enviada a essa Consultoria Legislativa a **Solicitação de Trabalho nº 200302750**, requerendo parecer jurídico sobre o ofício nº 160/2003/PVSTR/PVST/SPV/PR-ANATEL, de 14 de fevereiro de 2003 (cópia anexa). A referida solicitação resultou na Nota Técnica nº 812, de 2003. Ocorre que, em seu pedido, o Presidente do Conselho não referiu o ponto básico que pretendia ver esclarecido e solicita, agora, que a Consultoria Legislativa se aprofunde nas seguintes questões [grifos no original].

Em seqüência, são tecidas as considerações que seguem a respeito do conteúdo da presente solicitação:

Rádiodifusão é definida pela **Lei 4.117/62** como um “serviço de telecomunicação”, sendo monitorado pelo Ministério das Comunicações (MINICOM). Televisão a Cabo (TVC) é definida pela **Lei 8.977/95** como serviço de telecomunicação, sendo monitorada pela ANATEL.

O Serviço de Comunicação Multimídia – SCM (antigo SRTT) é igualmente definido como “serviço de telecomunicação” pela **Resolução 272/01** da ANATEL, sendo, como a TV a Cabo, também monitorado pela mesma Agência.

Aqui está o centro da questão: a partir do Poder Legislativo, disciplinam-se dois instrumentos de transmissão de conteúdo – rádio e televisão abertas e mais TV a Cabo. Em contrapartida, ficou definido alentado conjunto de obrigações, compatíveis com as especificidades de cada uma delas.

O Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) não foi criado por lei, mas, sim, por resolução de uma agência reguladora, longe do controle social e livre de quaisquer contrapartidas, disso decorrendo enorme conjunto de conseqüências.

Isso é bom ou ruim para o País?

O Conselho de Comunicação Social pretende debater acerca da possibilidade jurídica de transmissão de conteúdo, em um serviço de telecomunicação, **sem lei que o institua**. Para tanto, são necessários subsídios, sendo justamente essa a questão que deve ser abordada, em complementação às informações apresentadas na NOTA TÉCNICA supramencionada. Diferentemente das tevês e rádios gratuitas (MINICOM) e da TV a Cabo (ANATEL) ambas criadas por lei, o SCM foi criado por ato administrativo. Pode um mero ato administrativo ter tamanha força e alcance?

Bem visto, não se trata apenas do SCM. Também pode haver transmissão de conteúdo por microondas ou por satélite, que, igualmente, não são reguladas por lei. A decisão em relação ao SCM vale, também, para esses últimos serviços.

Em complemento, atente-se para o Parecer da Procuradoria Especializada da Advocacia-Geral da União, quando afirma que o SCM “*não tem possibilidade de gerar conteúdo de radiodifusão*”. Uma frase ambígua. Qual seria esse “conteúdo de radiodifusão”? Por que tevês abertas têm a possibilidade de transmitir conteúdo de radiodifusão e não o têm tevês a cabo, tevês por satélite, SCM ou MMDS? Qual seria concretamente, **com base em lei**, esse “conteúdo de radiodifusão”? Faz-se necessário, também, que esse órgão pronuncie-se a respeito desse assunto [grifos no original].

Como se deduz do texto ora transcrito, a principal indagação apresentada diz respeito à possibilidade de criação de um serviço de telecomunicação por meio de resolução da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). A dúvida existente sobre essa possibilidade surge da assimetria que se configura entre os serviços criados por lei, principalmente os de radiodifusão e de TV a cabo, e aqueles disciplinados unicamente por atos infralegais, como o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), destacado na solicitação. Além disso, formula-se questão concernente à expressão “conteúdo de radiodifusão”, utilizada no Parecer da Procuradoria Especializada da Advocacia-Geral da União em resposta a solicitação do Conselho de Comunicação Social (CCS).

Com a finalidade de atender de forma adequada à presente solicitação, será necessário tecer considerações acerca do regime jurídico aplicável aos serviços de telecomunicações, previsto na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, também conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Em um momento posterior, será analisada a expressão “conteúdo de radiodifusão”, de forma a atender à segunda parte da solicitação da SGM.

## II – REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

O regime jurídico de exploração dos serviços de telecomunicações foi objeto de profunda reforma, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 8, de 1995, e, posteriormente, na Lei nº 9.472, de 1997. Anteriormente à mencionada alteração constitucional, os serviços de telecomunicações estavam sujeitos a monopólio estatal, conforme se verifica na leitura da redação original do art. 21, incisos XI e XII, da Lei Maior:

**Art. 21.** Compete à União:

.....  
 XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob 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;

.....

O novo texto constitucional eliminou o monopólio estatal no setor de telecomunicações, ao permitir a exploração desses serviços de forma indireta, mediante concessão, permissão ou autorização, nos termos de lei específica que organize o setor e disponha sobre a criação de um órgão regulador específico. Não obstante, manteve-se a distinção já existente em relação aos serviços de radiodifusão, cujo regime de exploração continua sendo previsto em dispositivo parte, como se pode ver na nova redação dada aos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição Federal:

**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, de sons e imagens;

.....

Em virtude da nova disciplina constitucional, foi editada a Lei nº 9.472, de 1997, que *dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais* [...]. A LGT, como ficou conhecida, passou então a ser o principal diploma legal a reger os serviços de telecomunicações, com exceção dos serviços de radiodifusão e de TV a Cabo, conforme prescrevem expressamente seus arts. 211, 212 e 215, inciso I<sup>1</sup>. Além disso, estabeleceu a criação da Anatel, entidade reguladora do setor.

Ao organizar os serviços de telecomunicações, a Lei nº 9.472, de 1997, classificou-os, entre outros critérios, pelo regime jurídico de exploração. Surgem assim os regimes público e privado. O primeiro caracteriza-se, de acordo com o disposto no art. 63, parágrafo único, da LGT, pela atribuição de obrigações de universalização e continuidade ao prestador do serviço. Obrigações de universalização, segundo a definição constante do art. 79, § 1º, da mesma Lei, são as que se destinam a garantir, a qualquer pessoa ou instituição de interesse público, o acesso a serviços de telecomunicações, independentemente de sua localização ou condição sócio-econômica. Já a obrigação de continuidade, conforme o § 2º do mesmo artigo, tem como finalidade assegurar a fruição dos serviços de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas. O instrumento de delegação utilizado é a concessão ou, em casos excepcionais, a permissão. As tarifas estão sujeitas a controle pelo órgão regulador, que poderá punir ou mesmo promover intervenção na concessionária, na hipótese de inadimplemento de obrigações estabelecidas no contrato de concessão. Em linhas gerais, portanto, as características do regime público podem ser sintetizadas conforme o seguinte trecho da obra de Mariense Escobar:

Resumidamente, os serviços de telecomunicações prestados no regime público exigem prévia outorga, mediante concessão, por prazo certo e limitado, após certame licitatório, como regra. Com relação a eles, impõem-se obrigações de universalização e continuidade, admite-se a aquisição de bens por desapropriação (art. 100), prevê-se a reversão (art. 102, parágrafo único), as tarifas são controladas (arts. 103 a 109), podendo haver intervenção na concessionária (art. 110)<sup>2</sup>.

O regime privado de exploração de serviços de telecomunicações, por sua vez, tem como marco principal os princípios constitucionais da ordem econômica, especialmente aqueles expressos no art. 170, da Lei Maior. Nele não

<sup>1</sup> Ainda que o serviço de TV a Cabo continue regido pela Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, foram transferidas à agência reguladora as atribuições de outorga, fiscalização e regulamentação, entre outras, anteriormente conferidas ao Poder Executivo.

<sup>2</sup> ESCOBAR, João Carlos Mariense. *O novo direito de telecomunicações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 73.

há a imposição de obrigações de universalização e continuidade aos operadores. Ao contrário, a orientação geral é a da mínima intervenção na vida privada, conforme estabelece o art. 128, da LGT<sup>3</sup>, e como já preconizava a Exposição de Motivos nº 231, de 1996, do Ministério das Comunicações, que encaminha o projeto de lei que resultou na LGT, nos seguintes termos:

Sob esse enfoque, o Projeto impõe limites à regulamentação, determinando que esta deverá observar a exigência de mínima intervenção estatal na vida privada.

Em virtude disso, o regime disposto é o da liberdade do mercado, constituindo exceção as proibições, restrições e condicionamentos administrativos, que para sua validade devem estar vinculados a finalidades públicas específicas e relevantes, sempre tendo em mira preservar o conteúdo essencial mínimo dos direitos dos operadores do serviço de telecomunicação explorado sob regime privado.

Verifica-se, portanto, que o regime público deve ser aplicado aos serviços considerados essenciais ou de grande relevância social, cuja fruição deva ser garantida a toda a sociedade. Já o regime privado deverá ser aplicado aos demais serviços de telecomunicações que não se revestem dessas características de essencialidade e relevância social. A definição de quais serviços serão prestados em regime público caberá ao Poder Executivo, conforme estipula o art. 18, inciso I, da Lei nº 9.472, de 1997. Atualmente, o único serviço de telecomunicações prestado em regime público é o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) explorado pelas empresas que antes compunham o Sistema Telebrás. Essa determinação consta do art. 1º, do Plano Geral de Outorgas aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998.

A regulação dos serviços de telecomunicações, independentemente do regime jurídico de sua prestação, foi conferida à Anatel que, de acordo com o disposto na LGT, possui amplas competências normativas para disciplinar esses serviços, conforme se verifica nos dispositivos transcritos a seguir:

**Art. 19.** À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

.....  
 IV – expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;  
 .....

<sup>3</sup> Art. 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;

III – os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;

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.

VIII – administrar o espectro de radiofrequências e o uso das órbitas, expedindo as respectivas normas;

.....  
 X – expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado.

.....  
**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;

.....

A atribuição de competências normativas para a agência reguladora caracteriza o fenômeno da deslegalização, que se distingue das formas tradicionalmente conhecidas de delegação legislativa. Vidalvo da Costa Filho, com base na doutrina de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández elenca três tipos de delegação de poderes normativos: a delegação receptícia, a remissão normativa e a deslegalização<sup>4</sup>.

A primeira hipótese consiste na delegação de poderes do Legislativo ao Executivo para a elaboração de normas com força de lei sobre conteúdo previamente determinado pelo poder delegante. No ordenamento jurídico brasileiro, essa espécie se materializa nas leis delegadas previstas no art. 59, inciso IV, e 68 da Constituição Federal.

Já a remissão normativa caracteriza-se pelo *reenvio da lei a uma normatização ulterior, com hierarquia inferior à lei material e em caráter complementar a esta, isto é, sem força de lei, que deverá ser elaborada pela Administração ao executar sua função*<sup>5</sup>. É o que ocorre com os decretos regulamentares expedidos pelo Presidente da República, nos termos do art. 84, inciso IV, da Lei Maior.

Por fim, a deslegalização, na definição de Maurice Hauriou, é a *retirada, pelo próprio parlamento, de certos assuntos pertencentes ao domínio da lei material (domaine de la loi), passando-os ao domínio do regulamento (domaine de l'ordonance)*<sup>6</sup>. Segundo Vidalvo da Costa Filho, o conceito também foi incorporado pela doutrina portuguesa, em que recebe os seguintes lineamentos:

A doutrina portuguesa também corroborou esse posicionamento. O eminente professor Gomes Canotilho compara o fenômeno a uma degradação do grau hierárquico da norma. A lei fomentadora do processo

---

<sup>4</sup> COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. A Agência Nacional de Telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro; n. 226; pp. 81-118; 2001.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 104.

<sup>6</sup> HAURIOU, Maurice *apud* COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. *Op. cit.*, p. 104.

de *deslegalização*, justamente por não entrar na regulação do assunto, degrada, formalmente, o grau hierárquico da norma, enviando seu regramento a uma normatividade inferior e permitindo que essa matéria venha a ser modificada mediante regulamentos<sup>7</sup>.

Esse é o fenômeno que se observa atualmente nas leis que instituem agências reguladoras e, especialmente, na lei que criou a Anatel. Os diplomas legais limitam-se a estabelecer princípios, diretrizes e conceitos gerais que orientam a atividade dos órgãos reguladores, incumbidos de conferir-lhes concreitude e eficácia mediante atividade normativa. Nesse sentido, é pertinente transcrever as seguintes observações de Alexandre Santos de Aragão:

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades de parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados<sup>8</sup>.

Dessa forma, seria possível inclusive a substituição de normas estabelecidas em lei por novas disposições constantes de resoluções e regulamentos editados por órgãos reguladores setoriais, desde que tal possibilidade esteja prevista em lei. Em outros termos, a revogação da lei anterior é formalmente operada por outra lei que, limitando-se a estabelecer princípios gerais, ordena que determinada matéria deverá ser disciplinada por entidade administrativa. O tema é desenvolvido por Eduardo García de Enterría, citado por Alexandre de Aragão, nos seguintes termos:

O Mestre EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA conceitua a deslegalização ou delegificação como ‘a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. Mediante o princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de ‘congelamento do grau hierárquico’ normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da mesma de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. Deste modo, simples regulamentos poderão inovar

---

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 104-105.

<sup>8</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 406.

e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente a lei degradadora.<sup>9</sup>

Marcos Juruena Villela Souto diverge marginalmente quanto à interpretação do fenômeno. Para o autor, a norma regulatória editada com base em uma lei deslegalizante não opera propriamente revogação da lei anterior, mas sim a substituição de seu conteúdo. A decisão política de revogar a lei anterior, em verdade, já teria sido tomada pelo Poder Legislativo, órgão competente para tal, ao editar a nova lei. A formulação original do autor é expressa nos seguintes termos:

Destarte, não parece razoável sustentar que uma norma regulatória possa revogar uma lei, quer do ponto de vista formal, quer do ponto de vista material; a lei pode traçar um novo marco regulatório que permita que os padrões técnicos e financeiros considerados na norma legal anterior sejam substituídos por novos padrões instituídos pela norma regulatória; trata-se, apenas, de modificação do conteúdo interno da norma (ou, em outras palavras, do insumo); o centro de decisão política, no entanto, não sai do legislador para o regulador, sob pena de subverter-se o princípio democrático, afastando a legitimidade da ação administrativa em favor da instituição da tecnocracia na Administração Pública. A formulação das políticas públicas cabe ao agente que recebeu diretamente da sociedade tal competência; a função regulatória, frise-se, é a de implementação dessas políticas, não a de formulá-las.

Assim, quando se vê leis autorizando a substituição de comandos legais, regulamentares ou ordinatórios por normas regulatórias, o que se autoriza é apenas a substituição do insumo técnico que se revestia da forma legal e não a opção política materializada na lei. A revogação da lei pode ocorrer com edição de norma superior que modifica a competência da autoridade encarregada de fixar os novos conceitos oriundos da interpretação técnica; a eficácia da revogação é que pode ser diferida para o momento em que o regulador, munido de amparo legal, edita a norma regulatória.<sup>10</sup>

Uma vez assim definido o fenômeno, é natural que, diante de seu caráter inovador, surjam questionamentos acerca de sua legitimidade; questionamentos esses indubitavelmente presentes nas indagações formuladas nesta STC. Sobre essa questão, despontam posicionamentos doutrinários e mesmo jurisprudenciais que entendem estar a deslegalização em conformidade com o ordenamento constitucional brasileiro. Nesse sentido, Alexandre de Aragão, após analisar a doutrina de Enterría, assevera que:

Por este entendimento, com o qual concordamos, não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma

---

<sup>9</sup> *Op. cit.*, pp. 419-420.

<sup>10</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. pp. 50-51.



outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar a avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?<sup>11</sup>

É pertinente ainda reproduzir trecho do voto proferido pelo Ministro Ilmar Galvão, ao relatar o Recurso Extraordinário nº 140.669-1-PE, citado por Alexandre de Aragão:

[...] os princípios da legalidade, do congelamento do grau hierárquico e da precedência da lei não impedem, salvo matérias reservadas à lei (tributos e crimes), que se adote uma ‘maior flexibilidade através da deslegalização ou degradação do grau hierárquico. Neste caso, uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos’<sup>12</sup>.

Outra forma de verificar a legitimidade das normas editadas com fundamento em leis deslegalizantes é a análise das mesmas sob o prisma das teorias que foram formuladas para legitimar a produção normativa das agências reguladoras nos Estados Unidos da América. Ao dissertar sobre o tema, José Roberto Pimenta Oliveira relata que:

Para justificar a delegação de poderes legislativos, sucessivamente, foram disseminadas as seguintes teorias: i) teoria da transmissão democrática (ao criar a agência por meio de lei, o legislador legitima sua atuação); ii) teoria do conhecimento técnico (por esta, a delegação se justifica pelo preparo técnico da agência na matéria objeto de delegação); iii) teoria do procedimento (para a qual a delegação é legitimada pela obrigatoriedade de a agência assegurar a intervenção dos cidadãos em seus procedimentos administrativos)<sup>13</sup>.

Análise desse tipo pode ser realizada com o caso concreto em análise, qual seja, o da edição, pela Anatel, dos normativos que disciplinam o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Nesse sentido, verifica-se, primeiramente, que a atuação da Agência é conforme à teoria da transmissão democrática, uma vez que seu poder normativo deriva, em primeiro plano, da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, que determinou a criação de um órgão regulador para as telecomunicações, e, em segundo plano, da Lei nº 9.472, de

---

<sup>11</sup> *Op. cit.*, pp. 422-423.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 425.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e serviços de energia elétrica. In.: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 333-334.

1997, que, conforme já observado, definiu as competências normativas da entidade<sup>14</sup>.

Do ponto de vista da teoria do conhecimento técnico, tampouco se pode contestar a atuação da agência reguladora, visto ser ela órgão criado precisamente para regular o setor de telecomunicações. Além disso, é mister reconhecer que, apesar das dificuldades que enfrenta, a Anatel é sem dúvida o maior centro de excelência em matéria de telecomunicações no serviço público brasileiro.

Já no que se refere à legitimação pelo processo, é necessário registrar que a elaboração de normas pela Anatel é disciplinada por seu Regimento Interno<sup>15</sup>, que prevê a necessidade de realização de consulta pública prévia<sup>16</sup>. No caso em exame, a Resolução nº 272, de 9 de agosto de 2001, que *aprova o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia*, foi antecedida da Consulta Pública nº 246, de 11 de setembro de 2000. Já a Resolução nº 328, de 29 de janeiro de 2003, que *aprova os modelos de Termo de Autorização para Exploração do Serviço de Comunicação Multimídia, de interesse coletivo*, foi precedida da Consulta Pública nº 361, de 4 de fevereiro de 2002.

Outra questão a ser examinada neste estudo diz respeito à aparente assimetria de obrigações e contrapartidas que são impostas aos prestadores do SCM, em contraste com aquelas atribuídas aos operadores de serviços de radiodifusão e TV a Cabo. Nesse ponto, é preciso observar que o SCM, assim como todos os demais serviços de telecomunicações regulados pela LGT, com exceção do STFC, só comporta prestação no regime privado. Conforme já relatado, é característica desse regime, prevista expressamente no art. 128, da mencionada Lei Geral, a exigência de mínima intervenção na vida privada. Dessa forma, diante desse mandamento legal, não seria lícito o estabelecimento de limitações e restrições compatíveis com as dos serviços de radiodifusão – TV a cabo – às prestadoras de SCM.

Diante dos argumentos ora apresentados, é possível inferir, em primeiro lugar, que a Anatel possui competência normativa para disciplinar os serviços de telecomunicações nos termos da Lei nº 9.472, de 1997. A regulamentação do SCM por meio de resolução da Agência, como serviço de interesse coletivo prestado no regime privado, portanto, está em conformidade com as prescrições constantes do citado diploma legal. Além disso, verificou-se

---

<sup>14</sup> A esse propósito, Vidalvo da Costa Filho assevera: *O Congresso Nacional modificou o texto constitucional, transferindo a atividade reguladora do Executivo central a um órgão regulador. Assim, a deslegalização foi autorizada no seio da Constituição, através de um meio democrático e legítimo, que respeitou os próprios trâmites constitucionais. Op. cit., p. 105.*

<sup>15</sup> Aprovado pela Resolução nº 197, de 16 de dezembro de 1999.

<sup>16</sup> A esse respeito, é pertinente ressaltar a observação de Marcos Juruena Villela Souto: *No direito brasileiro, além do Regulamento de Procedimentos Administrativos da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (arts. 47 a 52), não existe um padrão de edição de atos normativos pelas agências reguladoras. Op. cit., p. 52.*

que a atividade normativa da entidade possui não apenas amparo jurídico, como também legitimidade democrática, à luz dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais apresentados. Dessa forma, nada há a objetar, do ponto de vista jurídico, à regulamentação do SCM, por meio de norma da Anatel.

As conclusões ora expressas derivam do modelo jurídico construído para fundamentar a atuação das agências reguladoras no Brasil. Um dos pontos de indagação constantes da presente solicitação é justamente o da conveniência da adoção desse modelo. A esse respeito, limitamo-nos a observar que o atual arcabouço jurídico que rege as agências reguladoras, e a Anatel em especial, decorre de disposições constitucionais (a Emenda Constitucional nº 8, de 1995, no caso das telecomunicações) e legais discutidas, votadas e aprovadas de forma democrática e soberana pelo Congresso Nacional. Diante desse fato, supõe-se ter havido consenso ou, pelo menos, um posicionamento majoritário favorável à adoção dessa nova estrutura regulatória.

### **III – A EXPRESSÃO “CONTEÚDO DE RADIODIFUSÃO”**

Em outro questionamento, indaga a Secretaria-Geral da Mesa qual o significado da expressão “conteúdo de radiodifusão”, utilizada no Parecer da Procuradoria Especializada da Advocacia-Geral da União, produzido em resposta ao Ofício nº 29, de 2002, do Conselho de Comunicação Social (CCS).

De fato, o mencionado parecer conclui pela *impossibilidade de geração de conteúdo de radiodifusão por meio do Serviço de Comunicação Multimídia*. É possível, contudo, que essa expressão tenha sido utilizada justamente para responder à indagação formulada pelo CCS, por meio do Ofício nº 29, de 2002, que menciona a preocupação do Conselho quanto à *possibilidade de geração de conteúdo de radiodifusão por meio do SCM*.

Na legislação dos serviços de radiodifusão não se encontra definição do que possa ser “conteúdo de radiodifusão”. Pode-se especular, contudo, acerca dos possíveis sentidos que a expressão poderia assumir. Assim, uma primeira possibilidade seria a de designar os conteúdos tipicamente veiculados pelos serviços de radiodifusão. Nesse sentido, a expressão compreenderia uma verdadeira infinidade de conteúdos que costumam ser transmitidos por emissoras de rádio e de televisão. Nesse conjunto podem ser incluídos desde músicas e locuções de eventos esportivos, até filmes, telenovelas e programas de auditório.

Ainda dentro dessa concepção, seria de fato correto afirmar que as operadoras de SCM não se destinam a gerar ou produzir “conteúdo de radiodifusão”, visto que, conforme já observado na Nota Técnica nº 812, de 2003, o serviço tem como finalidade a oferta de capacidade de transmissão,

emissão e recepção de informações multimídia. No entanto, não seria exato asseverar que o SCM não possa ser utilizado para transmitir esse tipo de conteúdo. Muito ao contrário, como seu próprio nome indica, os conteúdos multimídia, conforme a definição constante do art. 4º, inciso I, do Regulamento do SCM<sup>17</sup>, podem ser sinais de *áudio, vídeo, dados, voz e outros sons, imagens, textos e outras informações de qualquer natureza*. Ainda no art. 67, do mesmo regulamento, estabelece-se que as operadoras do SCM poderão fornecer *sinais de vídeo e áudio, de forma eventual, mediante contrato ou pagamento por evento*. Nesse diapasão, tampouco procede a afirmação de que as empresas de televisão por assinatura não podem transmitir “conteúdo de radiodifusão”, tendo em vista que é exatamente esse tipo de conteúdo que constitui a programação desses operadores.

Outro possível sentido que se pode dar à expressão é o de designar a oferta de utilidade que se configure como serviço de radiodifusão. Em outros termos, ao afirmar a impossibilidade de geração de “conteúdo de radiodifusão” pelas operadoras do SCM, a Advocacia-Geral da União pode estar a consignar a vedação, constante da regulamentação do serviço, de utilização deste para a oferta de utilidades com as características de serviço de radiodifusão. Acerca dessa possibilidade, é pertinente remeter às observações expendidas na Nota Técnica nº 812, de 2003, em que se afirmou o que segue:

O SCM, como já analisado, define-se pela oferta de capacidade de transmissão, por quaisquer meios, de informações multimídia que, em última análise, podem ser sinais de telecomunicações de qualquer natureza. Não se presta, entretanto, a ser recebido livremente pelo público, ponto que permite estabelecer uma primeira distinção em relação aos serviços de radiodifusão. Da mesma forma, por força da regulamentação, não podem as prestadoras de SCM fornecer sinais de vídeo e áudio de forma irrestrita e simultânea a seus assinantes, de modo que possa configurar serviço de televisão por assinatura.

Em resumo, é lícito afirmar que o SCM distingue-se dos serviços de radiodifusão, em primeiro lugar, por não ser destinado à livre recepção do público, visto que só pode ser prestado a assinantes dentro de uma área previamente definida. Além disso, distancia-se tanto da radiodifusão como da televisão por assinatura, pela vedação, imposta em regulamentos, de transmissão de sinais de vídeo e áudio de forma irrestrita e simultânea que possa caracterizar a exploração desses serviços.

Em outros termos, conforme já discutido no mencionado documento, a regulamentação do SCM impede que as prestadoras desse serviço possam ofertar utilidade que se configure como serviço de radiodifusão ou de televisão por assinatura.

---

<sup>17</sup> Aprovado pela Resolução nº 272, de 9 de agosto de 2001, da Agência Nacional de Telecomunicações.

Diante da ausência de definição prévia do que seja “conteúdo de radiodifusão”, estas são as considerações que se podem traçar sobre o tema. É importante ressaltar, contudo, que as observações aqui consignadas, referentes à mencionada expressão, são meras especulações, tendo em vista que a legislação pertinente não contempla esse conceito.

#### **IV – CONCLUSÕES**

Cuida o presente estudo de solicitação da Secretaria-Geral da Mesa que requer a elaboração de parecer, em complementação às informações prestadas na Nota Técnica nº 812, de 2003, acerca das questões que menciona na nota anexa à STC nº 200303913. Em resumo, indaga-se a respeito da possibilidade jurídica de regulamentação do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) por meio de resolução da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Também se questiona o sentido da expressão “conteúdo de radiodifusão” utilizada em parecer da Procuradoria Especializada da Advocacia-Geral da União, em resposta ao Ofício nº 29, de 2003, do Conselho de Comunicação Social.

Quanto ao primeiro tema, após análise das disposições constantes da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, e da Lei nº 9.472, de 1997, bem como de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema, concluiu-se que a edição das Resoluções nº 272, de 2001, e nº 328, de 2003, ambas da Anatel, que regulamentam o SCM, foi feita em conformidade com as atribuições legais do mencionado órgão regulador.

Já no que diz respeito à expressão “conteúdo de radiodifusão”, observou-se que o termo não encontra definição da legislação do setor de telecomunicações. Dessa forma, foram formuladas meras especulações a respeito dos possíveis significados da expressão.

Outrossim, permanecemos à disposição do órgão solicitante para os esclarecimentos que se fizerem necessários.

Consultoria Legislativa, 30 de junho de 2003.

Luiz Fernando Fauth  
Consultor Legislativo