

GUILHERME PEREIRA PINHEIRO

**A COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA NO BRASIL:
MARCO REGULATÓRIO E CONVERGÊNCIA TECNOLÓGICA**

**Dissertação apresentada como requisito parcial
para conclusão do Programa de Mestrado em
Direito e Políticas Públicas do Centro
Universitário de Brasília.**

**Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto de
Almeida**

BRASÍLIA

2008

DEDICATÓRIA

“Dedico este trabalho a Deus, verdadeira fonte de luz e princípio sobreeminente de sabedoria, por iluminar a escuridão de minha inteligência com o raio de Sua clareza”.

“Especial dedicatória vai também a minha esposa Ana Carolina e a meus filhos, Rafael e Daniel, ainda nascituros quando do término dessa dissertação, pelo inesitante apoio, resignada paciência e resoluta compreensão com as horas silenciosas e distantes dedicadas a este trabalho, e a meu pai e minha mãe, que tanto se esmeraram e se esforçaram para que eu pudesse, com tranqüilidade, alcançar meus objetivos”.

AGRADECIMENTOS

“Agradeço ao professor Paulo Roberto, farol alto da inteligência acadêmica, em quem reside sábia combinação entre ciência e bom senso, por todo o apoio e boa vontade na orientação desse trabalho, sem a qual este teria sido impossível”.

EPÍGRAFE

“A liberdade sem direito é a anarquia e, por isso, é a destruição da liberdade”.

Joseph Ratzinger,
em debate com Jürgen Habermas, em 2004.

“The guiding principle that a policy of freedom for the individual is the only truly progressive policy remains as true today as it was in the ninetieth century”.

Friedrich Von Hayek,
The Road to Serfdom

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de explorar o tema da comunicação social eletrônica e a pertinência de sua regulação frente ao interesse público, levando em consideração um cenário de intensa convergência tecnológica. Aparentemente, e é isso que tentaremos investigar, a regulação do setor no Brasil se encontra bastante defasada em relação aos avanços tecnológicos e os impactos dessa desarmonização regulatória têm profundos reflexos no reduzido índice de acesso e na baixa disseminação dos meios de comunicação social eletrônica. A investigação procura, primeiro, determinar se o sistema regulatório brasileiro para a comunicação eletrônica atende de maneira eficiente as demandas econômicas, sociais e culturais de uma sociedade globalizada da informação. Depois, pretende precisar o entendimento constitucional e legal sobre o tema da comunicação social eletrônica dentro do atual contexto de convergência tecnológica. Por fim, procura encontrar as políticas públicas e regras jurídicas que melhor poderiam aperfeiçoar o modelo regulatório dos serviços de telecomunicações que distribuem conteúdo eletrônico no Brasil. Na pesquisa, concluímos que o Estado tem papel regulador relevante no setor de comunicação social eletrônica e que sua atuação deve se manifestar, com parcimônia e prudência, no sentido de atuar como catalisador do fenômeno da convergência tecnológica, mediante a atualização regulatória apropriada para o setor, bem como garantidor das bases estáveis para a competição, sem nunca regular o conteúdo a ser distribuído. Na análise, dois pontos de tensão, dois pólos reverses, estão subjacentes e dialogam dialeticamente: a livre circulação de informações e a atividade estatal interventora na comunicação social eletrônica.

PALAVRAS-CHAVE: COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA; REGULAÇÃO; TELECOMUNICAÇÕES; INTERESSE PÚBLICO; COMPETIÇÃO; CONTEÚDO ELETRÔNICO.

ABSTRACT

This work intends to research the subject of mass electronic communications and the relation between its regulation and the public interest, taking into consideration an intense technological convergence landscape. Apparently, and that is the subject of our investigation, this industry's regulation in Brazil is significantly outdated in what concerns recent technological developments. The impacts of this regulatory imbalance has laid down a negative aftermath, show by the limited access and low penetration of mass electronic communications services. The present investigation aspires to determine whether the Brazilian mass electronic communications' regulatory framework is properly designed to provide satisfactorily for the economic, social and cultural demands of a globalised information society. Moreover, the dissertation contemplates to refine the constitutional and legal understanding of the social electronic communication concept within the technological convergence context. Finally, the study explores the public policies and legal rules which are best suited to improve the regulatory model of the telecommunications services that convey electronic content in Brazil. In this research we conclude that the State performs a relevant role in the mass electronic communications' industry and that its main activity, bound by prudence and caution, should be to act as a catalyzer of the technological convergence phenomenon, through the diligent updating of the regulatory framework and the keeper of stable foundations to allow competition, but never regulate content itself. During the analysis, two factors are in dialectic tension and constant dialogue: the free circulation of information and the State intervention in the mass electronic communications industry.

KEYWORDS: MASS ELECTRONIC COMMUNICATIONS; REGULATION; TELECOMMUNICATIONS; PUBLIC INTEREST; COMPETITION; ELECTRONIC CONTENT.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA

AGRADECIMENTOS

EPÍGRAFE

RESUMO

ABSTRACT

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

CAPÍTULO I A COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA: HISTÓRIA E RELEVÂNCIA SOCIAL

1.1 – A comunicação de massa e a imprensa: um breve contexto histórico 20

1.2 – As seis revoluções da informação 24

1.3 – A comunicação social eletrônica no contexto histórico-normativo brasileiro .. 28

1.4 – A convergência tecnológica e o avanço qualitativo das redes de telecomunicações	33
1.5 – O acesso à comunicação eletrônica e a educação	39
1.6 – O interesse público e a comunicação social eletrônica	45
1.7 – A comunicação social eletrônica como justiça	51
<i>1.7.1 – Considerações iniciais</i>	<i>51</i>
<i>1.7.2 – A teoria de justiça de John Rawls e o acesso à comunicação social eletrônica ..</i>	<i>54</i>

CAPÍTULO II OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NO CONTEXTO DA COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA

2.1. Observações iniciais	62
2.2 - Serviços de telecomunicações cujo conteúdo eletrônico é inerente ao serviço ..	64
2.3 - Serviços de Telecomunicações cujo conteúdo eletrônico é inerente ao serviço	80

CAPÍTULO III A REGULAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA

3.1 - Origens e causas da regulação sobre a comunicação social eletrônica	85
<i>3.1.1 – Considerações iniciais</i>	<i>85</i>
<i>3.1.2 Fundamentos da regulação sobre o conteúdo eletrônico</i>	<i>86</i>
3.2 - Diferenças regionais como política de comunicação	92

3.3 – A regulação da comunicação social eletrônica nos Estados Unidos 93

3.4 - A regulação da comunicação social eletrônica na união européia 97

3.4.1 – Modelos europeus de relação entre o estado e os meios de comunicação 97

3.4.2 – Regulação do conteúdo eletrônico na União Européia 98

CAPÍTULO IV A REGULAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA

4.1 - A comunicação social eletrônica brasileira e a Constituição Federal 104

4.1.1 – História política da comunicação social eletrônica no Brasil 104

4.1.2 – O cenário normativo da comunicação social eletrônica no Brasil 112

4.1.3 – O vago conceito normativo de comunicação social na Constituição Federal ... 120

*4.1.4 – Direitos e princípios constitucionais fundamentais vinculados à atividade de
comunicação 126*

4.2 – O modelo brasileiro de universalização de serviços de telecomunicações 133

*4.2.1 – Sobre a necessidade de uma política pública de universalização do acesso à
comunicação eletrônica 133*

*4.2.2 – As políticas de telecomunicações para a universalização do acesso à informação
eletrônica 139*

4.2.3 – Os problemas do FUST 142

4.2.4 – Possibilidades para a utilização dos recursos dos FUST 144

4.3 – A cadeia produtiva de valor da comunicação social eletrônica	146
4.4 – O conflito entre radiodifusores e empresas de telecomunicações	148
4.5 – A defesa da concorrência e o conteúdo eletrônico	150
4.6 - Regulação sobre o conteúdo eletrônico no Brasil	154
4.7 – As iniciativas parlamentares para a solução do conflito	155
4.8 – O risco da imposição forçada do conteúdo nacional	161
4.9 – Problemas e entraves da comunicação social eletrônica no Brasil	166

V ALGUMAS PROPOSTAS DE SOLUÇÃO PARA REGULAÇÃO DA COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA NO BRASIL

5.1 – Três enfoques para o problema da comunicação social eletrônica no Brasil .	170
5.2 – Os benefícios e os limites da diversidade de fontes de informação na comunicação social eletrônica	172
<i>5.2.1 A dimensão jurídica</i>	<i>172</i>
<i>5.2.2 – A dimensão social</i>	<i>174</i>
<i>5.2.3 – A dimensão econômica</i>	<i>176</i>
5.3 – O cenário competitivo na comunicação social eletrônica e a questão da neutralidade de rede	178
<i>5.3.1 – Elementos da comunicação social eletrônica e o Direito Concorrencial</i>	<i>178</i>

5.3.2 – *A livre circulação do conteúdo eletrônico e a neutralidade de rede* 187

5.4 – Estado e iniciativa privada na universalização do acesso à comunicação social eletrônica 196

5.4.1 – *A sociedade de redes abertas* 197

5.4.2. - *Alternativas regulatórias e incentivos tributários para implantação de infra-estruturas de banda larga por prefeituras* 200

CONCLUSÃO 208

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GLOSSÁRIO

INTRODUÇÃO

As comunicações¹ constituem não somente um assunto de interesse público ou geral, mas consistem numa parcela intrínseca da base de apoio onde o futuro será fundado; elas são universalmente reconhecidas como uma das áreas chave da civilização. O estudo da comunicação eletrônica², em particular, tem esculpido várias expressões para definir o estado atual e as tendências de nossa sociedade; expressões como sociedade da informação, economia do conhecimento, nova economia, economia de rede, *e-market*, dentre outras, são locuções cunhadas para designar e refletir, em retórica lingüística, o estágio atual de nossa sociedade³.

As comunicações podem ser vistas como um fim em si mesmas e também como um instrumento para a realização de fim distinto. Consideradas em si, as comunicações constituem um conjunto de atividades estabelecidas e de crescente importância no campo econômico e social. Como instrumento para realização de fim distinto, as comunicações representam o meio pelo qual é possível transmitir, do emissor ao receptor, um conteúdo ou uma informação sobre a qual nossa sociedade é alicerçada, nesse caso com visíveis repercussões nos campos da liberdade de expressão, da educação e, em última instância, no desenvolvimento democrático e social.

¹ Neste trabalho, utilizaremos a expressão comunicações, nos termos do Decreto 97.057/1998, como a transferência unilateral ou bilateral de informação por meio de sinais convencionados.

² Por comunicação eletrônica entenderemos, em geral, a comunicação que possui concomitantemente três características básicas: (i) ser uma atividade de transporte e transmissão; (ii) Ser uma atividade realizada na forma eletrônica, ou seja por meio da transformação da mensagem em forma de sinais; e (iii) cujo conteúdo seja constituído de sons, imagens ou/e dados. Esta é a definição dada por Paul Nihoul em seu livro *EU Electronic Communications Law*.

³ Bavasso, Antonio. *European Monographs: Communications in EU Antitrust Law, Market Power and Public Interest*. London: Kluwer Law International, 2003, p. 1 – 5.

A importância que teve a imprensa escrita na formação de pensadores a partir da Idade Moderna pode ser comparada às atuais ferramentas de produção, programação e distribuição de informação eletrônica, que serão objetos de estudo dessa dissertação. Cada vez mais pessoas e, em especial, estudantes, professores, cientistas e pesquisadores se valem do acesso à comunicação social eletrônica para captar informações, acessar notícias, trabalhos acadêmicos etc⁴. Estudos do Programa Internacional de Avaliação de Alunos - PISA⁵ e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, por exemplo, verificaram o impacto deletério decorrente da inacessibilidade à informação digital na formação intelectual e no desempenho escolar dos alunos em comparação com aqueles que dispõem de acesso a tais tecnologias. De fato, longe vão os tempos em que o diferencial de um aluno era ter uma enciclopédia Barsa ou Mirador em casa. As possibilidades de pesquisa em meios eletrônicos, no ambiente *online*, por exemplo, são infinitamente mais amplas e diversas, oferecendo ao aluno, pesquisador ou mesmo ao cidadão comum uma fonte de informação muito mais vasta que as disponíveis há poucos anos atrás.

Em tendência cada vez mais intensa, os meios de comunicação e as fontes de informação são digitalizados e o acesso a essas fontes é condição imperativa para a integração de cada pessoa na sociedade⁶. De fato, a comunicação eletrônica está inextricavelmente vinculada à idéia de acesso, um acesso que deve alcançar usuários e ser provido num ambiente competitivo. Deve alcançar o maior número de usuários, pois, no mundo menos cada vez menos material e menos físico da informação eletrônica, estes usuários devem ter plena possibilidade de acesso à

⁴ Creech, Kenneth C.. *Electronic Media Law and Regulation*. Boston: Focal Press and Elsevier, 2007, p.412.

⁵ Disponível em <http://www.inep.gov.br/internacional/pisa/>. Acesso em 4.9.2008

⁶ Final Report of the Information Highway Advisory Council, 1995, p. 42.

rede. Deve permitir também a competição, pois a pluralidade na oferta de conteúdo eletrônico é fundamental num ambiente democrático e de livre manifestação do pensamento.

Mais de dez anos transcorreram desde a implantação do marco regulatório das telecomunicações no Brasil, em 1997⁷. É inegável o sucesso alcançado pelo processo de privatização, que disseminou e democratizou de maneira antes impensada o acesso aos serviços de voz. Nesse interregno, porém, tanto o cenário nacional quanto o internacional de telecomunicações e comunicações sofreram grandes mutações. O fenômeno da convergência tecnológica⁸, que consiste na expansão do objeto de serviços de telecomunicações⁹ distintos, ao ponto de alguns serviços se confundirem uns com os outros¹⁰, tomou corpo e vem tornando a atual legislação de telecomunicações rapidamente defasada e desprovida do instrumental necessário para fazer frente à dinâmica das vicissitudes tecnológicas. Os serviços de telecomunicações que eram prioridade por ocasião da Lei n.º 9.417, de 7 de julho de 1997, chamada de Lei Geral de Telecomunicações, não são mais tão prioritários quanto outrora. Serviços que continuam a existir formalmente deixaram de existir materialmente há bastante tempo. Serviços estanques, com regulamentações próprias estão deixando de fazer sentido e o desenho verticalizado da regulação, com normas individualizadas para cada serviço, impede não

⁷ De acordo com o § 1º do art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações, telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos caracteres, sinais, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

⁸ Uma definição valiosa de convergência tecnológica é a contida na *European Commission, Green Paper on the Convergence of Telecommunications, Media and Information Technology sectors and the Implication of Regulation*, pois explica que este fenômeno consiste numa espécie de “*amalgamation of previously distinct media, which results from the ability of different network platforms to carry essentially similar kinds of services, but also the combination of consumer devices such as telephone, TV set and computer*”.

⁹ De acordo com o caput do art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações, serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

¹⁰ Nihoul, Paul and Rodford, Peter. *EU Electronic Communications Law: Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 45.

só o desenvolvimento potencial do setor como prejudica de maneira contundente o brasileiro que pretende ter acesso ao maior número possível de meios de acesso à informação eletrônica.

À medida que a convergência das telecomunicações, da tecnologia da informação e das mídias se concretiza, o *approach* regulatório deve se tornar mais horizontal, homogêneo e abrangente¹¹. De uma forma geral, a legislação brasileira que trata dos serviços de telecomunicações que servem de suporte ao conteúdo eletrônico encontra-se praticamente no mesmo estágio fracionado em que se achava quando da edição da Lei Geral de Telecomunicações. As perdas para economia e para educação, decorrentes do baixo índice de acesso da população aos serviços que veiculam conteúdo eletrônico, como o serviço TV a Cabo, *Internet* em banda larga e *tutti quanti*, permanecem como o grande desafio dos mercados e de políticas do Estado.

Por meio da análise do atual cenário legal e regulatório da comunicação eletrônica no Brasil, tomando como ponto de partida o fenômeno da convergência tecnológica e o corrente estágio da regulação sobre o conteúdo eletrônico em todo o mundo, esta dissertação terá o objetivo de identificar as prováveis causas e propor possíveis soluções para a contínua falta de acesso do usuário e da ausência de um regime mais competitivo em relação à comunicação eletrônica distribuída por meio de redes de telecomunicações no Brasil. Por comunicação eletrônica entenderemos o complexo de atividades de comunicação realizadas por meios físicos ou por propagação de ondas eletromagnéticas, que permitem a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, e que sejam ensejadas por meio de serviços de telecomunicações, radiodifusão ou serviço de valor adicionado.

¹¹ Bell, Robert K. and Ray, Neil. *EU Electronic Communications Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 14.

Os problemas e perguntas a serem enfrentados partem da seguinte indagação genérica: o sistema regulatório brasileiro para a comunicação eletrônica atende de maneira eficiente as demandas sociais e culturais de uma sociedade globalizada da informação? A resposta a essa questão se desdobra em duas grandes vertentes, que serão objeto de nosso estudo: qual o entendimento constitucional e legal sobre o tema da comunicação social eletrônica dentro do atual contexto de convergência tecnológica? Quais as políticas públicas e regras jurídicas que podem aperfeiçoar o modelo regulatório dos meios de comunicação que distribuem conteúdo eletrônico no Brasil?

O trabalho tem como fundamento a importância social e jurídica da comunicação eletrônica e deveremos, no Capítulo I, tratar dos primórdios dessa espécie de comunicação e da relação entre imprensa e comunicação eletrônica de massa, analisando inclusive o contexto histórico-normativo brasileiro do surgimento da comunicação social eletrônica. Abordaremos também a relação da comunicação eletrônica com a educação, bem como os fundamentos de interesse público e da teoria de justiça de Rawls que podem justificar um estudo sobre os meios de distribuição de conteúdo eletrônico.

No Capítulo II, o trabalho promoverá uma análise detalhada dos serviços que realizam atividades relacionadas ao conteúdo eletrônico no Brasil, levando também em conta, quando conveniente, além dos serviços de telecomunicações, os serviços de radiodifusão¹² de sons e imagens, nomenclatura técnica que designa os serviços de televisão e a Internet.

¹² O Código Brasileiro de Telecomunicações, aprovado pela Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962, em sua alínea “d”, art. 6º, define o serviço de radiodifusão como o serviço destinado a ser recebido livre e diretamente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão.

Procuraremos mostrar, nesse capítulo, as diferenças intrínsecas de cada serviço de comunicação eletrônica não obstante o fenômeno da convergência tecnológica, bem como a baixa penetrabilidade do acesso a esses serviços no Brasil, mesmo em comparação a países com renda e índices econômico-sociais semelhantes ao nosso.

O Capítulo III discorrerá acerca do tratamento corrente dado ao tema na Europa e nos Estados Unidos, enfrentando a questão das origens e razões econômicas e culturais para a regulação, da adoção de políticas de comunicação como fruto de divergências regionais, bem como o estudo das políticas e diretrizes regulatórias propriamente ditas para o deslinde de situações problemáticas da comunicação eletrônica. A escolha dos Estados Unidos e da União Européia ocorre por duas razões: primeiro porque é fácil constatar que são exemplos de países que mais se cedo se destacaram no avanço de tecnologias de comunicação eletrônica, constituindo, portanto solo fértil para o desenvolvimento de mecanismos regulatórios de controle da atividade de comunicação social eletrônica. Em segundo lugar porque representam, em geral, tendências e escolas divergentes de regulação sobre os meios de comunicação social eletrônica. O modelo regulatório europeu é mais interventor e dita regras mais detalhadas para o setor, como as cotas de conteúdo eletrônico europeu, por exemplo. Já o modelo americano, ao contrário, tendeu sempre a ser mais liberal, ou seja, menos intrusivo no que tange às atividades da mídia eletrônica. De fato, no que se refere à natureza do conteúdo eletrônico distribuído, o sistema estadunidense ampara-se mormente no equilíbrio do binômio liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação, contendo, é claro pesadas sanções em caso de descumprimento dos preceitos mínimos estabelecidos.

No Capítulo IV do trabalho será examinado o tratamento legal e regulatório e as políticas públicas vigentes no Brasil para a questão da comunicação eletrônica, desde a perspectiva conceitual da Constituição Federal, passando em seguida às iniciativas legislativas que podem trazer enormes repercussões para o setor. Serão discutidos os entraves regulatórios na comunicação eletrônica e os conflitos econômicos e políticos existentes entre as empresas de televisão e de telecomunicações que motivaram este conflito, no contexto da disputa pelo controle sobre o conteúdo nacional. O teor das principais propostas parlamentares para o setor também será investigado.

Já no Capítulo V, o trabalho analisará o problema da comunicação social eletrônica sob a luz de três enfoques principais: (i) a necessidade e pertinência de diversificação na produção, programação e distribuição de conteúdo eletrônico, com liberdade para que os atores de telecomunicações e de radiodifusão compitam entre si na disponibilização de conteúdo eletrônico ao usuário final; (ii) a questão de como se assegurar um cenário competitivo nas redes de telecomunicações, que distribuem conteúdo eletrônico, e na Internet, em especial por meio da aplicação dos princípios de neutralidade de rede e de regras de defesa da concorrência; e (iii) uma avaliação das possibilidades de atuação pública e privada para o enfrentamento dos problemas da comunicação social eletrônica no Brasil.

Para cada um dos itens desse último capítulo, acudiremos com o oferecimento de algumas possíveis soluções para os problemas da comunicação eletrônica no Brasil, passando pelas soluções de caráter público e privado e guiando-nos, dentre outros, pelos princípios da promoção da efetiva competição, da proteção ao consumidor, a da apropriada reação ao desenvolvimento tecnológico do mercado. As divisões propostas possuem caráter didático e não

retiram o caráter orgânico e integrado do tema, sendo fundamental que alguns assuntos sejam abordados, quando oportuno, em vários capítulos simultaneamente.

Por fim, cabe mencionar que a bibliografia escolhida para a dissertação é esparsa e aborda assuntos relacionados ao tema de maneira, muitas vezes, fragmentada. Isso ocorre porque, no Brasil, ainda não existe obra ou compêndio que trate desse tema com profundidade e amplitude suficiente para poder ser empregada como marco teórico destacado. Com isso, as fontes são variadas e cada capítulo tende a concentrar um grupo diferente de fontes bibliográficas. Como tema que pode ser considerado de fronteira, muitas vezes o trabalho assumirá um caráter mais exploratório. A grande inserção de autores estrangeiros na bibliografia ocorre em função do próprio mérito do tema, cujo principal centro de debates está hoje no exterior.

CAPÍTULO I – A COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA: HISTÓRIA, E RELEVÂNCIA SOCIAL

1.1 – A comunicação de massa e a imprensa: um breve contexto histórico

O termo comunicação de massa, cunhado principalmente nos Estados Unidos, pode ser entendido no Brasil pelo que chamamos de comunicação social. Ao estudarmos a história da comunicação social, enfrentamos como primeiro problema a dificuldade da delimitação do objeto essencial de estudo que, se analisado *lato sensu*, poderia abranger não só a comunicação social que opera por meio da comunicação de informação e idéias, codificadas sob a forma de palavras e por meio da fala, da escrita, de publicações, do rádio e da televisão e, mais novel, da Internet, mas também toda a infundável gama de processos e formas de comunicação que existe desde a origem do homem.

Adotaremos, portanto, a posição abraçada pela maioria dos autores, de que o início da comunicação social somente se concretizou e teve início, de fato, com a invenção da imprensa em meados do século XIV por Johann Guttenberg¹³. O impacto da invenção da imprensa constitui algo tão avassalador que se confundiu com a própria história do embrião de desenvolvimento da sociedade capitalista¹⁴, a sociedade mercantilista, e traz em seu bojo a essência mesma da construção do pensamento social, político e econômico nos quais os agentes, pessoas e organizações, dentro de concepções ideológicas diversas, se embateram e ergueram o mundo moderno.

¹³ Carvalho, Alberto Arons, Cardoso, António Monteiro e Figueiredo, João Pedro. Direito da Comunicação Social. Lisboa: Notícias Editorial, 2003, p. 12.

¹⁴ Sodré, Nelson Werneck. História da Imprensa no Brasil. Rio de Janeiro: Mauad, 1999, p. 1.

A efervescência que gerou a invenção da imprensa como forma de reprodução de cultura, ou seja, de formação do espírito humano e toda a sua pluralidade e diversidade de personalidade, sensibilidade e inteligência, representou mais do que a simples possibilidade de semear e solidificar a disseminação do conhecimento. Para Alexandre Koyré, a invenção da imprensa foi o meio principal de difusão do conhecimento científico fora dos meios universitários medievais, tornando possível a interação entre os mais distintos grupos de comunidades científicas¹⁵. A disponibilidade crescente de obras científicas permitiu a consulta e cotejamento simultâneo de obras as mais diversas, o que facilitou o desenvolvimento da quantidade e qualidade de ferramentas científicas que, séculos depois, desembocou no advento da revolução industrial ou técnico-científica¹⁶.

“Dê-me acima de todas as liberdades a liberdade de saber, de falar e de discutir livremente, de acordo com minha consciência”, escreveu John Milton em 1644¹⁷. De fato, o fenômeno da comunicação social tem o condão de fornecer o instrumental para que o direito à liberdade de expressão seja preenchido de um conteúdo substantivo, que lhe empresta consciência e forma. Nesse sentido, o direito de acesso à informação pode ser visto como um direito moral, no sentido de referir-se a um interesse insuscetível de aferição econômica ou patrimonial, ou seja, um direito extra-patrimonial.

Já a partir de finais do século XVIII, com a penetração e hegemonia das idéias iluministas, a noção de liberdade de imprensa, entendida aqui como a liberdade de impressão de “palavras, desenhos ou fotografias em que se expressa o que se pensa e por meio da qual se

¹⁵ Koyré, Alexandre. *Études D’Histoire de la Pensée Scientifique*. Gallimard. 1973, p 65.

¹⁶ Theotônio, Dos Santos. *Revolução Científico-Técnica e a Acumulação do Capital*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 16.

¹⁷ Milton, John. *Areopagítica*. London: Bandana Books, 1994, p. 34.

forneçam informações ao público acerca dos fatos ou atividades próprias ou alheias”¹⁸ começa, lentamente, a prefigurar-se não mais como possibilidade subjetiva unicamente, mas como *status* de direito, consagrado, finalmente, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pelo Poder Constituinte Francês em 1789, que prescrevia a liberdade de publicação como um dos direitos mais preciosos do homem. Não obstante o terror causado pela Revolução Francesa nos anos subseqüentes, toda a Europa terminou, cedo ou tarde, assumindo a mesma posição.

Também a revolução industrial, em primórdios do século XIX, influenciou substancialmente o desenvolvimento da imprensa. Em 1814, por exemplo, o jornal *Times* lançou mão de uma máquina a vapor na impressão de seus jornais¹⁹. Enquanto isso, a prensa manual de ferro, que duplicou a taxa normal de produção, foi gradualmente substituída pela prensa a vapor, capaz de quadruplicar o índice de produtividade²⁰.

Seguiram-se, então, os formidáveis avanços tecnológicos que resultaram na criação do telégrafo e, em seguida, do rádio. Com este último germinava a comunicação social eletrônica propriamente dita, que tão logo surgia já era regulada, o que demonstra o *Radio Act*, de 1912, nos Estados Unidos²¹. A década de 1920 vê a expedição das primeiras licenças de rádio na Alemanha, na Inglaterra, na Espanha e no Japão²². Em 1923 foi a vez da França, que lançou sua

¹⁸ Souza, Nuno J. Vasconcelos de Albuquerque. A liberdade de imprensa. Coimbra: Almedina, 1984, p. 42.

¹⁹ Sodré, Nelson Werneck. História da Imprensa no Brasil. Rio de Janeiro: Mauad, 1999, p. 3.

²⁰ Burke, Peter; Briggs, Asa. Uma Breve História Social da Mídia, De Gutenberg à Internet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 33.

²¹ Smith F. Leslie. Electronic Media and Government: The regulation of Wireless and Wired Mass Communication in the United States. White Plains, NY: Longman Publisher, 1995, p. 35.

²² Sardinha, Luciana Raso. O controle Estatal e Social sobre suas Outorgas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 51.

primeira rádio comercial, a *Radiola*²³. Praticamente desde o início, a radiodifusão desenvolveu-se como empreendimento privado, remunerado pela publicidade. Mesmo assim, a regulação já estava muitas vezes presente. A famosa Rádio Adizioni Itália – RAI eclodiu em 1944 e sua programação devia ser previamente aprovada pelo Estado, o que já mostrava a interferência no conteúdo transmitido eletronicamente. No Brasil, a primeira transmissão de rádio ocorreu em 1922, no Rio de Janeiro, por ocasião da comemoração do centenário da independência²⁴.

Depois, já em meados do século XX, veio a televisão, cuja expansão tomou força a partir do final da segunda guerra mundial. Em 1950 foi inaugurada a primeira TV do Brasil, a TV Difusora de São Paulo, PRF3, canal 3, lançada por Assis Chateaubriand. Um ano depois foi a vez da TV Tupi no Rio de Janeiro. A partir daí os meios de radiodifusão foram se tornando gradativamente mais populares e conquistaram mais de 95% dos lares brasileiros. Mais à frente retornaremos ao contexto histórico da TV e do rádio.

Depois das chamadas mídias eletrônicas tradicionais surgiram outros, como as TVs por Assinatura, a Internet, os celulares interativos e *tutti quanti*, que discutiremos mais detalhadamente ao longo desta dissertação. A comunicação social impressa, não obstante mantenha ainda a posição de grande veículo de comunicação de massa, vem gradual, mas consistentemente, perdendo espaço para essas novas mídias.

²³ Stephens, Mitchell. História das Comunicações: Do Tantã ao Satélite. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993, p. 615.

²⁴ Sardinha, Luciana Raso. O controle Estatal e Social sobre suas Outorgas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004,, p. 54.

De fato, podemos constatar que várias das grandes empresas jornalísticas que utilizam meios impressos no Brasil estão à venda. É o caso, por exemplo, de jornais tradicionais como *Gazeta Mercantil* e o *Valor Econômico*. Não admira essa situação, já que os veículos citados possuem um público alvo mais instruído e de maior poder aquisitivo, que têm acesso a meios eletrônicos de acesso às mesmas informações²⁵. Por outro lado, resistem bravamente os jornais impressos que também possuem braços em meios eletrônicos de comunicação, como o jornal o *Globo*, a *Folha de São Paulo*, dentre outros.

1.2 – As seis revoluções da informação

A história da mídia eletrônica ao longo do século XX é uma simbiose entre o desenvolvimento tecnológico e o direito. De um lado temos a tecnologia que fornece as ferramentas para que os indivíduos comuniquem informações, idéias e imagens por meio do tempo e espaço a outros indivíduos. A tecnologia, porém, não reside num vácuo jurídico e depende da existência concomitante da ciência jurídica, de uma sociedade baseada em leis²⁶.

A importância que teve a imprensa escrita na formação de pensadores desde a invenção da imprensa na Idade Moderna vem sendo substituída cada vez mais por ferramentas de informação eletrônica. Não cabe ao desiderato deste trabalho adentrar a história pormenorizada dos avanços tecnológicos de cada uma dessas mídias. Para uma didática mais apropriada,

²⁵ Vendas de Jornais Impressos em Queda Acentuada Acesso em 3.6.2008: <http://pontodeanalises.blogspot.com/2006/03/venda-de-jornais-impressos-em-queda.html>

²⁶ Carter, T. Barton et al.. Mass Communications Law. Saint Paul Minnesota: West Group Publishing Company, 2000, p. 1.

traçaremos abaixo um breve relato geral do avanço histórico dessas mídias e de como estão a revolucionar a relação entre os homens.

Quando falamos de revolução da informação, temos que lembrar que tais revoluções, mesmo que em menor escala, já aconteceram anteriormente. Irving Fang identifica ao menos seis revoluções da informação que, a seu ver, moldaram a história do ocidente mais que quaisquer guerras ou reis jamais poderiam ou fizeram²⁷. A primeira dessas revoluções teve início na Grécia no século VIII a.C. com a convergência do alfabeto fonético, originado na Fenícia, e do *papyrus*, importado do Egito. Com isso, o conhecimento não estaria mais restringido aos limites da memória ou da mera lembrança. A segunda revolução da informação ocorreu quando da invenção da imprensa na segunda metade do século XV, com o papel vindo da China e o sistema de imprensa de Johann Gutemberg. Fang entende que tal feito marcou o início da era moderna²⁸. A terceira revolução, chamada por Fang de mídia de massa²⁹, foi resultado da harmonização da produção industrial do papel juntamente com a invenção do telégrafo, que possibilitou a transmissão de informações a grandes distâncias. É dessa época a fotografia e a multiplicação das escolas e bibliotecas públicas tanto nas cidades quanto nas áreas rurais em países como a Inglaterra. Periódicos populares de baixo preço, de caráter essencialmente noticiosos e sem filiação partidária captavam número substancial de leitores³⁰.

²⁷ Fang, Irving. *History of Mass Communication: Six Information Revolutions*. Boston: Focal Press, 1997, p. 15.

²⁸ *Ibidem*, p. 16.

²⁹ Aqui Fang utiliza o termo *mass media*, para designar aquilo que resultou da combinação entre avanços na produção de papel e do desenvolvimento do telégrafo, que alterou radicalmente a maneira como a informação era transmitida.

³⁰ Carvalho, Alberto Arons; Cardoso, António Monteiro; Figueiredo, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*. Lisboa: Notícias Editorial, 2003, p. 16.

A quarta revolução da informação, já em finais do século XIX, foi denominada por Fang de revolução do entretenimento e foi consequência da criação de novas tecnologias, como o surgimento de câmeras acessíveis, da fotografia em movimento, de técnicas de *stored sound* etc. Como painéis e utensílios básicos foram barateados e tornados acessíveis na revolução industrial, agora o entretenimento tornava-se, ele também, uma alternativa possível. Em seguida, a quinta revolução da informação veio já no pós-segunda guerra mundial, com o que os americanos chamaram de *Communication Toolshed Home*, que consiste na transformação do lar residencial num lugar central de acesso à informação e entretenimento, com dispositivos como o telefone, a televisão, o rádio e aperfeiçoamentos nas técnicas de impressão aliados ao barateamento dos serviços de transporte e correios³¹. Finalmente a sexta revolução da informação, denominada de *Information Highway*, está sendo construída por meio do fenômeno da convergência tecnológica, como já mencionamos e que será o objeto principal do presente estudo.

Existem características comuns que identificam cada uma dessas seis revoluções da informação e que permitem reconhecer nelas a essência própria de uma revolução. A primeira delas pode ser apontada pela frase de Pierre Lévy: “*No one knows everything, everyone knows something, all knowledge resides in humanity*”³². De fato, todas as revoluções supracitadas compartilham a característica de que aqueles que nela participaram ficaram mais iguais e não menos iguais. Todas apontaram num sentido de maior democratização e influência compartilhada que em períodos prévios. Em cada uma delas as ferramentas de comunicação

³¹ Fang, Irving. *History of Mass Communication: Six Information Revolutions*. Boston: Focal Press, 1997, p. 15.

³¹ *Ibidem*, p. 138.

³² Lévy, Pierre. *Collective Intelligence: Mankind's Emerging World in Cyberspace*. Cambridge, Mass: Perseus Books, 1997, p. 20.

ensejaram mudanças sociais e políticas e foram ao final favorecidas *ex post facto* por essas mudanças, como que numa relação simbiótica de causa e efeito³³.

A sexta e última revolução da informação é a encarnação desses novos meios de mídia e de comunicação eletrônica. Cabe ressaltar, neste ponto, que as chamadas revoluções da informação não têm como consequência ou objetivo causar rupturas instantâneas na ordem do ser, mas apenas uma mutação nos processos de metodologia na ordem do conhecer³⁴. A ordem ontológica, imutável, somente pode ser descrita por meio da ordem do cogito, ordem do conhecer, onde deve ser demonstrada parte por parte. Dessa forma, as revoluções da informação não visam alterar, necessariamente, o que somos, mas um pouco do que conhecemos³⁵. É por isso que colocamos, no início desse trabalho, que as comunicações constituem parcela intrínseca da base de apoio onde o futuro será fundado.

De fato, nas palavras de Michel Lewis, o progresso por meio da informação eletrônica não marcha adiante em desfiles ou paradas, mas procede rastejante, como uma guerrilha³⁶.

³³ Driver, G.R.. *Semitic Writing: From Pictograph to Alphabet*. London: Oxford University Press, 1948, p. 146.

³⁴ A distinção perfeita entre a ordem do ser e a ordem do conhecer foi feita por Aristóteles. Para exemplificarmos, tomemos o arquiteto – quando este concebe uma casa, ele concebe o todo, o esquema geral; mas na ora de construir tem de seguir a ordem exatamente inversa, tijolo por tijolo. A casa vista externamente é o todo, mas quando vai percorrê-la deve-se ir parte por parte. Da mesma forma, a primeira coisa que conhecemos nos seres é o seu aspecto exterior e manifesto. Dessa maneira, um preceito metodológico refere-se à ordem do conhecer, que nem sempre reflete a hierarquia real do ser. Quando você conhece uma pessoa, a primeira coisa que vê é a aparência física. Mas como esta pode ser reveladora, se ela é própria apenas daquele momento? Você conhece alguém de quarenta anos, está vendo a aparência desta idade, não sabe tudo o que aconteceu antes. A ordem do conhecer nem sempre vem na hierarquia certa do ser. Um método é apenas um caminho para chegar a alguma coisa. Ora, descrever o caminho pelo qual você chega de São Paulo ao Rio de Janeiro não é falar nada sobre o Rio. A partir de uma descrição da Via Dutra você nada fica sabendo sobre a cidade do Rio.

³⁵ Bonacinni, Juan A.. *A Estratégia Cartesiana das Meditationes*. Revista de Teologia e Filosofia – ULBRA. Volume 4, n.º ½, jan./dez. 2004, ISSN 1676-1332.

³⁶ Lewis, Michel. *The New New Thing, a Silicon Valley Story*. New York, NY: W.W. Norton & Company, 200, p. 16.

1.3 – A comunicação social eletrônica no contexto histórico-normativo brasileiro

A relação entre os meios de comunicação e a norma constitucional já possui uma história de quase dois séculos no Brasil. A primeira constituição do Brasil, de 1824, previa em seu art. 179, inciso IV, a liberdade de comunicação do pensamento por palavras escritas e veiculadas por meio da imprensa. Em seguida foram editados vários Decretos Imperiais regulamentando a questão em casos específicos. Já a primeira constituição Republicana, de 1891, dispôs em seu art. 72, § 2º, que “em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa”. O texto foi mantido em sua essência pelas constituições de 1934 e 1946³⁷. No ano de 1964, quando o poder revolucionário resolveu alterar a constituição e elaborar uma nova lei de imprensa, as emissoras de rádio e televisão foram incluídas no rol da recém-criada lei. Findo o período da ditadura, a Carta Constitucional de 1988 emprestou alcance mais amplo à noção de liberdade de imprensa e também assegurou, no inciso XIV do art. 5º, o acesso de todos à informação.

O parágrafo constitucional referido acima trata da liberdade de expressão da comunicação social em sentido amplo, como descrita no intróito deste trabalho, mas a atual Constituição Federal trata separadamente a questão da comunicação social eletrônica. Nem a constituição, nem a legislação infraconstitucional nos oferece, porém, uma definição precisa do que seria comunicação social eletrônica. Voltaremos a esse assunto em breve.

³⁷ Miranda, Darcy Arruda. Comentários à Lei de Imprensa, Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 46.

Para fins didáticos e de hermenêutica histórica, é bastante oportuno repassarmos algumas páginas da história da comunicação social eletrônica no Brasil, que pode ser largamente entendida como a história de um empreendimento privado. Isso é verdade ainda que somente a partir de 1931 houvesse no Brasil a adoção do modelo de *trusteeship*, em que o espectro radioelétrico, considerado como um bem público, natural e limitado é explorado fiduciariamente pelos radiodifusores privados³⁸. E foi com este modelo que o Brasil desenvolveu seu modelo de comunicação social eletrônica ao longo do último século.

Neste item temos por objetivo esboçar um relato sintético da história da comunicação social eletrônica no Brasil, em especial da radiodifusão, de forma que se permita a construção de um cenário lógico das forças e interesses em disputa no que se refere ao conteúdo eletrônico. O entendimento dessa questão é fundamental tanto para o desenvolvimento deste estudo, como para a futura eventual elaboração de Projetos de Lei – PLs e políticas públicas que o poder público venha a elaborar sobre o tema.

Para início deste estudo, torna-se recomendável, desde já, antes de nos aprofundarmos nesse assunto, delinear um esboço de conceito de comunicação social. Nesse sentido, valer-nos-emos, por hora, da seguinte definição: comunicação social eletrônica consiste em qualquer atividade que informe visual ou auditivamente, ou ambas as coisas, por meios eletrônicos. Nesse sentido, incluímos televisão, rádio, TVs por Assinatura, aparelhos celulares interativos, Internet, etc. Passemos à história.

³⁸ Almeida, André Mendes. *Mídia Eletrônica, seu controle nos EUA e no Brasil*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 47.

Em 1917, o governo brasileiro baixou o Decreto n.º 3.296, que regulava os serviços de telegrafia e radiotelegrafia em território e águas nacionais³⁹. A radiodifusão, no caso a sonora apenas, nasceu no Brasil pelas mãos de Roquette Pinto, no início dos anos 20. No final da década, havia quase duas dezenas de emissoras de rádio no País sem que houvesse lei específica a respeito. A radiodifusão possuía, nessa época, um ideal e um caráter eminentemente educativo, num momento em que o modelo de exploração do serviço no mundo ainda não estava estabelecido⁴⁰. Desde cedo, porém, principalmente por injunções econômicas, inclusive intervenções antitrustes, prevaleceu o modelo que vige até hoje: estações comerciais, de controle privado.

Dentro do modelo que havia vingado para o rádio, tecnicamente chamado de radiodifusão sonora, qual seja, controle privado e remuneração por meio de propaganda comercial, surgiu também a televisão, chamada tecnicamente de radiodifusão de sons e imagens. Havia, no entanto, grande insegurança jurídica no cenário nacional, uma vez que as regulamentações se sucediam com grande rapidez, muitas vezes alterando radicalmente os atos normativos anteriores.

A radiodifusão operou, durante cerca de 40 anos, sem um marco legal específico. Apenas em 1962 entrou em vigor o Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT, aprovado pela Lei n.º 4.117 de 27 de agosto de 1962, que tratou a radiodifusão com mais detalhamento do que qualquer outro serviço de telecomunicações. Curioso notar que,

³⁹ Almeida, André Mendes. *Mídia Eletrônica, seu controle nos EUA e no Brasil*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. p. 49.

⁴⁰ À época, duas possibilidades eram possíveis na prática: a) o modelo concebido pelos *common carriers*, como a ATT, em que o canal de radiodifusão era apenas um meio para outros transmitirem conteúdo, e b) o modelo preferido pelos fabricantes de equipamentos, que promoviam a radiodifusão livre, com receita advinda de comerciais.

naturalmente, como de fato deveria ser, a radiodifusão era considerada como serviço de telecomunicações pelo CBT. Como veremos posteriormente, a tentativa de distinção entre os dois serviços, que se revelou desastrosa, surgiu com a Constituição de 1988.

O Código Brasileiro de Telecomunicações foi largamente obra dos radiodifusores. Teve origem com a realização de um Congresso Nacional de Radiodifusão em 1946, cujas principais idéias uniformizadoras da legislação foram consolidadas num PL submetido ao Congresso Nacional em 1953⁴¹. Nove anos depois, foi promulgada, ao arripio de 52 vetos do presidente João Goulart, a Lei n.º 4.117/62, o CBT. A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT - foi também criada nessa época, como instrumento de organização e resistência dos radiodifusores diante daquilo que acreditavam ser posições hostis do Presidente da República⁴². Hoje, a Abert conta com cerca de duas mil emissoras de rádio e televisão.

Em 1967, o Decreto – Lei n.º 236 introduziu modificações nos processos de outorga de licenças, aplicação de penalidades, controle da concentração de propriedade de emissores de TV e rádio e colocou o Ministério das Comunicações como órgão centralizador do

⁴¹ Almeida, André Mendes. *Mídia Eletrônica, seu controle nos EUA e no Brasil*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 53.

⁴² “No início dos anos 60, os empresários da Radiodifusão estavam reunidos em sindicatos, mas sua atuação era regional, não sistemática e não espelhava o poder da categoria. Nesse tempo, pode-se dizer, Radiodifusão era sinônimo de Diários e Emissoras Associados do empresário Assis Chateaubriand. A hoje poderosa Rede Globo não era mais do que a Rádio Globo do Rio de Janeiro. Diários e Emissoras Associados eram uma espécie de interlocutor informal da Radiodifusão com o Governo e com a sociedade. A mobilização do empresariado da Radiodifusão nasceria dos debates em torno do projeto do Código Brasileiro de Telecomunicações, em 1962. Mais especificamente nasceria dos vetos governamentais ao projeto, que despertaram o empresariado para um trabalho sistemático de esclarecimento da sociedade, através de seus congressistas. João Calmon liderou um grupo pequeno, mas inteligente, sólido e ativo, que reuniu subsídios para a discussão sobre os vetos [...] todos os 52 vetos foram derrubados. Nascia o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117).” Disponível em: www.abert.org.br. Acesso em 17.9.2008.

sistema nacional de comunicação. Este último fato conferia maior tranquilidade aos radiodifusores pela possibilidade de concentrar seus esforços num campo mais reduzido de ação.

A Constituição Federal de 1988, vislumbrando o ganho de importância do tema com o desenvolvimento das comunicações e das telecomunicações em todo o mundo, entendeu que a matéria merecia um novo tratamento constitucional e criou capítulo específico para tratamento da comunicação social, onde estabeleceu em seu art. 222 limitações à propriedade e atividades editoriais de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora, o rádio e de sons e imagens, a televisão. Na costura desse contexto normativo da comunicação social, nossa Carta de 1988 consagrou tanto à comunicação social quanto à comunicação social eletrônica os princípios da preferência para finalidades educativas, promoção da cultura nacional, regionalização da produção cultural, artística e jornalística, a manutenção dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, dentre outros. Vale destacar ainda que se vedou também qualquer dispositivo que pudesse constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística, de expressão, bem como qualquer censura de natureza política ideológica e artística.

O tratamento constitucional da comunicação social eletrônica, porém, apresenta alguns problemas, como veremos adiante. Primeiro por que a própria inserção da matéria no texto constitucional já enrijece um tema cuja base de funcionamento está sujeita a constantes variações tecnológicas, o que mereceria abordagem mais maleável, de caráter regulatório. Voltaremos a falar do contexto constitucional da comunicação social eletrônica mais adiante neste trabalho.

Além da radiodifusão, podem ser considerados meios de comunicação social eletrônica a TV por Assinatura, a Internet e o conteúdo eletrônico veiculado através de aparelhos

celulares por meio do Serviço Móvel Pessoal – SMP, cuja história e características veremos mais à frente.

1.4 – A convergência tecnológica e o avanço qualitativo das redes de telecomunicações

Quando falamos de avanços tecnológicos ou, mais precisamente, do avanço dos meios de comunicação eletrônica, devemos ter sempre em mente que a velocidade, o modo e os desdobramentos que esta evolução futuramente nos apresentará são casuais e de difícil antecipação. A tecnologia não detém o condão de mudar, por si só, a sociedade; assim como a sociedade não retém em seu poder, ao menos de forma organizada e sistemática, todas as variáveis necessárias para controlar o processo de desenvolvimento tecnológico, o que faz com que evolução do mercado de comunicação eletrônica seja muitas vezes imprevisível⁴³. Neste item veremos os avanços reais da capacidade tecnológica que, por meio das redes e serviços de telecomunicações e da digitalização dos sinais eletromagnéticos, produzem uma nova realidade, ainda não contemplada totalmente pelo atual marco regulatório das telecomunicações, i.e., pelo conjunto da Lei Geral de Telecomunicações e pelo ordenamento infralegal das telecomunicações brasileiras. Veremos como tal situação afeta o desenvolvimento econômico do setor de comunicação social eletrônica e prejudica sua maior penetrabilidade junto a populações de baixa renda, por exemplo.

⁴³ Castells, Manuel. A Sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2007, p. 43.

Quando falamos de convergência tecnológica temos em mente que esta constitui fenômeno recente, que teve início apenas há cerca de uns 14 anos. Já em 1985, porém, um *paper* científico de Jonathan Levy e Peter Pitsch chamava a atenção para o alto nível de substitutibilidade que algumas mídias possuíam entre si. No *paper*, mostravam como o surgimento de novas tecnologias como a TV por Assinatura via satélite e a TV a Cabo poderiam vir a se tornar substitutas para a TV aberta⁴⁴. Essa alta substitutibilidade entre serviços já antecipava os primeiros sinais do que hoje entendemos por convergência tecnológica.

A convergência tecnológica pode ser subdividida em dois tipos: a convergência de produtos substitutos e a convergência de produtos complementares⁴⁵. O primeiro tipo de convergência acontece quando o consumidor efetua uma escolha entre um ou outro produto, dado que ambos possuem um conjunto de características comuns que permitem essa troca. O segundo tipo de convergência ocorre na ocasião em que dois produtos funcionam melhor unidos que separados. É o que ocorre quando empresas começam a fabricar seus equipamentos de maneira padronizada e conjugada⁴⁶, de forma a integrar um sistema maior. Em ambas as formas de convergência, temos produtos que, no início, não estão relacionados e, num segundo instante, esses mesmos produtos podem ser substituídos ou complementados em plenitude uns pelos outros.

⁴⁴ Levy, Jonathan D.; Pitsch, Peter. Statistical Evidence of Substitutability Among Video Delivery Systems in *Video Medias Competition, Regulations, Economics, and Technology*. New York: Columbia University Press, 1985, p. 57.

⁴⁵ Greenstein, Shane; Khanna, Tarun. What Does Industry Convergence Means? In *Competing in the Age of Digital Convergence*. Boston, Massachussets: Harvard Business School Press, 1997, p. 203.

⁴⁶ Neste ponto, Greenstein e Khanna utilizam o termo *standard bundle*, de difícil tradução, mas que quer dizer que os conjuntos de produtos são fabricados de forma que cada parte desse conjunto possa ser encaixada no todo de um sistema padrão maior que esse conjunto.

É o que vemos acontecer gradualmente no mercado das telecomunicações e de serviços de informação eletrônica. Podemos acessar notícias políticas num celular, assistir algo similar à TV num computador, colher cotações instantâneas de moedas estrangeiras pela TV a Cabo. As funções originais de cada serviço e de cada aparelho abrangem agora capacidades antes bem delimitadas e definidas. As próprias definições dos serviços de telecomunicações, antes estanques e suficientes já não mais respondem às questões mais simples. Vejamos, por exemplo, a definição legal de serviço de TV a Cabo: o serviço de TV a Cabo é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte de meios físicos⁴⁷. Por esta definição, poderíamos entender que uma pessoa que assistisse a um vídeo no *youtube* ou escutasse uma música pela Internet, provindo de um acesso discado ou de banda larga por cabo na Internet, estaria tendo acesso ao serviço de TV a Cabo, o que, obviamente, não é verdade. Tomemos agora outro exemplo: o Serviço Móvel Pessoal – SMP, que é o serviço celular, cuja definição é: serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre estações móveis e de estações móveis para outras estações⁴⁸. Tal definição implicaria na aceitação de que uma conversa entre duas pessoas com laptops, terminais móveis portanto, que estivessem conversando por meio da tecnologia Voip⁴⁹ estariam utilizando o SMP, ou seja, o serviço de celular. Claro está, contudo, que estas pessoas não estão utilizando o SMP. Dessa forma, podemos entrever desde já que o presente arcabouço legal e regulatório das telecomunicações brasileiras está significativamente defasado em relação ao novo cenário tecnológico. Tal fato causa, por sua vez, grandes impactos e

⁴⁷ É a definição constante do art. 2º da Lei n.º 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre os serviços de TV a Cabo e dá outras providências.

⁴⁸ Esta é a definição de Serviço Móvel Pessoal constante do art. 4º da Resolução n.º 316, de 27 de setembro de 2002, que aprovou o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal.

⁴⁹ De acordo com *Newton's Telecom Dictionary*, o Voip ou voz sobre IP consiste na tecnologia que permite a transmissão de conversações de voz sobre dados de rede utilizando o protocolo IP. Esses dados de rede podem ser a própria Internet ou uma intranet corporativa. Ver Newton, Harry. *Newton's Telecom Dictionary*. 18ª Edition. New York: COM Books, 2002, p. 810.

restrições na prestação de serviços de informação eletrônica, como veremos adiante. Analisaremos mais detidamente à frente as definições dos atuais serviços de telecomunicações e suas deficiências frente ao fenômeno da convergência tecnológica.

Na última década, em parte impulsionada pelo processo de privatização, em parte resultado da evolução da tecnologia e do barateamento econômico natural dos produtos e serviços, assistimos à transmutação do Brasil de um país com sérias deficiências de infraestrutura e de acesso aos serviços de telecomunicações para um país razoavelmente estruturado e organizado, sem mais problemas de demanda reprimida. Tudo resultado da modernização e completa digitalização da infra-estrutura de redes, da competição e da harmonia entre os direitos do consumidor e os princípios da livre concorrência e da justa competição trazidos pela Lei Geral de Telecomunicações⁵⁰. A combinação de um ambiente menos regulado, com a presença de empresas privadas e a abertura ao capital estrangeiro, criou terreno fértil e propício a uma verdadeira universalização das telecomunicações.

Neste ponto os números falam por si. O número de usuários da Internet no Brasil passou de 1 milhão em 1997 para 39 milhões em 2007⁵¹. O número de usuários do serviço telefônico fixo comutado passou de 12,3 milhões de acessos em serviço, em 1994 para 39,0 milhões de acessos em serviços em 2007, com capacidade instalada de mais de 51 milhões de

⁵⁰ Escobar, J. C. Mariense. *Serviços de Telecomunicações: Aspectos Jurídicos e Regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 9.

⁵¹ Por usuário entendemos a população de 10 anos ou mais de idade que acessou a Internet, pelo menos uma vez, por meio de computador, em algum local (domicílio, local de trabalho, escola, centro de acesso gratuito ou pago, domicílio de outras pessoas ou qualquer outro local) nos últimos 90 dias. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/internet.asp>. Acesso em 12.03.2008.

acessos⁵². A planta de celulares passou de 5 milhões em 1998, para atingir, em setembro de 2008, o número de 140,8 milhões de acessos⁵³.

Abaixo, segue demonstrativo da evolução anual do número de acessos fixos instalados e em serviço no Brasil:

Estimado pelo site Teleco (www.teleco.com.br).

Ano	Acessos Instalados	Acessos em Serviço
2007	ND	39,3
2006	51,2	38,8
2005	50,5	39,8
2004	50,0	39,6
2003	49,8	39,2
2002	49,2	38,8
2001	47,8	37,4
2000	38,3	30,9
1999	27,8	25,0

⁵² De acordo com a editora e site Teleco, Os acessos telefônicos fixos são classificados em: (i) acessos instalados é o conjunto formado por todos os acessos fixos que disponham de todas as facilidades necessárias para estar em serviço; e (ii) acessos em serviço são os acessos instalados que estão colocados a disposição do usuários, inclusive os terminais de uso público (TUP). <http://www.teleco.com.br/ntfix.asp> . Acesso em 12.03.2008

⁵³ Disponível em: <http://www.teleco.com.br/celular.asp> . Acesso em 23.09.2008.

1998	22,1	20,0
1997	18,8	17,0
1996	16,5	14,8
1995	14,6	13,3
1994	13,3	12,3

De fato, antes da privatização do setor em 1996 e 1997, a demanda reprimida para a telefonia fixa era estimada em 18 milhões de acessos⁵⁴. O valor de habilitação de uma linha telefônica rondava os R\$ 1.118,00, enquanto hoje o valor não passa de R\$ 60,00⁵⁵. O número de reparos de linhas telefônicas caiu drasticamente em razão do aumento de qualidade das linhas. O tempo de instalação de linhas foi reduzido em mais de 10 vezes. No ano de 2001, por exemplo, o número de lares de cidadãos de classe D com acesso à telefonia fixa no Brasil já tinha aumentado mais de 7 vezes em relação a 1997⁵⁶. A revolução por que passaram os serviços de telecomunicações logo após o período de privatização foi de fato impressionante. O resultado

⁵⁴ Exposição de Motivos n.º 231/1995 do Ministério das Comunicações para elaboração da Lei Geral de Telecomunicações.

⁵⁵ Palestra do Presidente da Anatel, proferida em 27.9.1999 em São Paulo, disponível em: http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/acontece_anatel/palestras/conselhodiretor/palestra_ano_privatiza.pdf?numeroPublicacao=9906&assuntoPublicacao=Palestra%20do%20Presidente%20da%20Anatel%20na%20abertura%20do%20seminário%20&caminhoRel=Cidadao-Biblioteca-Acervo%20Documental . Acesso em 10.8.2008.

⁵⁶ Palestra do Presidente da Anatel, proferida em 13.8.2001, em São Paulo. Disponível em: [http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/acontece_anatel/palestras/conselhodiretor/palestra_guerreiro_13_08_2001.pdf?numeroPublicacao=28537&assuntoPublicacao=Palestra%20do%20Presidente%20da%20Anatel%20-%20O%20Sucesso%20das%20Telecomunicações%20como%20Alavanca%20do%20Desenvolvimento%20Social%20\(13/08/2001\)&caminhoRel=Cidadao-Biblioteca-Acervo%20Documental](http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/acontece_anatel/palestras/conselhodiretor/palestra_guerreiro_13_08_2001.pdf?numeroPublicacao=28537&assuntoPublicacao=Palestra%20do%20Presidente%20da%20Anatel%20-%20O%20Sucesso%20das%20Telecomunicações%20como%20Alavanca%20do%20Desenvolvimento%20Social%20(13/08/2001)&caminhoRel=Cidadao-Biblioteca-Acervo%20Documental) . Acesso em 8.8.2008.

desse faustoso crescimento das telecomunicações, porém, não teve necessariamente um reflexo proporcional nos meios de comunicação social eletrônica, como veremos mais à frente.

1.5 – O acesso à comunicação eletrônica e a educação

Trataremos aqui da relevância social da comunicação eletrônica na educação, procurando evidenciar e descrever a correlação existente entre uma e outra. A difusão do acesso à comunicação social eletrônica, além de constituir ferramenta de comunicação entre dois interlocutores, é hoje instrumento essencial para o desenvolvimento do modelo educacional de uma sociedade totalmente inovadora. A era da cibercultura abre uma perspectiva diferente na relação entre homem e conhecimento, que deixa de ser eminentemente hierárquica e passa a ser mais horizontal e compartilhada⁵⁷.

Diante dessa nova dinâmica, o leitor passa a interagir cada vez mais com a redação e a edição do documento estudado, algo que era impensado fora dos círculos acadêmicos cerca de duas décadas atrás. Pierre Lévy considera que, por meio da utilização do hipertexto, toda leitura se torna uma escrita potencial⁵⁸. É o caso, por instância, da *Wikipedia*, espécie de enciclopédia virtual desenvolvida, potencialmente, por qualquer indivíduo que se cadastre no *site* e que pode ser acessada gratuitamente por todos na Internet.

⁵⁷ Dias, Cláudia Augusto. Hipertexto: Evolução Histórica e Efeitos Sociais. Revista Ciência da Informação, vol. 28, n.º 3, Brasília, Sept./Dec., 1999.

⁵⁸ Levy, Pierre. As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993, p. 208.

A comunicação eletrônica influi diretamente no próprio processo de educação das pessoas em suas mais variadas áreas do conhecimento. Tomemos, por exemplo, o caso da educação física. Em um brilhante artigo sobre a influência da mídia e das novas tecnologias de comunicação na educação física, o professor Vani Kenski argumenta que o contato com os novos meios de comunicação eletrônica faz com que os antigos telespectadores passem de meros torcedores passivos a sujeitos ativos na vivência de situações e emoções parecidas com a dos próprios atletas, como é, por exemplo, o caso dos games *online*⁵⁹. Kenski contende, além disso, que a Internet possibilita grande interação entre pessoas de toda parte do mundo, importando valores esportivos, acelerando alterações de regras de esportes etc. Dessa forma, o estudo da educação física teria sofrido profundo impacto diante das novas tecnologias de comunicação. E assim, acontece em praticamente todas as áreas do conhecimento.

De acordo com o professor Frederic Litto, no antigo paradigma escolar, o aluno iria até o colégio despido de qualquer senso crítico e caberia à escola inculcar nele uma série de conhecimentos factuais e destrezas intelectuais, testando-lhe periodicamente a capacidade intelectual por meio da aplicação de provas ou testes de conhecimento. O professor seria, nesse caso, o “entregador principal do conhecimento”. Em razão do notório aumento do volume de informações circulantes por meios eletrônicos e da decorrente dificuldade de se lidar com o incremento de complexidade causado por esse aumento, o novo paradigma sugere que a escola teria de se tornar um ambiente inteligente e mais flexível.

⁵⁹ Kenski N. Vani. O Impacto da Mídia e das Novas Tecnologias de Comunicação na Educação Física. Motriz, vol. 1, n.º 2, Dez/1995, p. 129-133. Mais admirável ainda nesta simulação da realidade do esporte são alguns videogames, como o *videogame* Wii, que reproduzem, por meio de sensores, os movimentos do jogador na tela, como se fora ele próprio que os estivesse realizando numa quadra desportiva.

Nesse sentido, Litto coloca que a escola seria um local:

“ ... rico em recursos por ser um local privilegiado; um lugar onde os alunos podem construir os seus conhecimentos segundo os estilos individuais de aprendizagem que caracterizam cada um; onde em vez de filas de mesas e cadeiras ou carteiras, há mesas para trabalhos em grupo, sofás e poltronas confortáveis para leituras, computadores para a realização de tarefas acadêmicas e para comunicações digitais locais, nacionais e internacionais; com uma linha telefônica em cada sala para permitir a interconexão com outras escolas por computador e videofones e que além de oferecer atividades pedagogicamente inovadoras permita a comunicação por voz entre o professor e os pais dos alunos; onde a avaliação é feita constantemente e serenamente na carreira do aluno, e a ênfase é colocada não na memorização de fatos ou na repetição de respostas "corretas", mas na capacidade de o aluno pensar e se expressar claramente, solucionar problemas e tomar decisões adequadamente; com um currículo que reconheça o valor de outras formas de inteligência, além da lingüística e da lógica-matemática, currículo este que ofereça uma visão holística do conhecimento humano e do universo natural que o homem habita; com o uso cada vez menor do livro-texto e do quadro negro e o aumento do uso das novas tecnologias de comunicação, caracterizadas pela interatividade, pela sua capacidade de uso individualizado, pela assincronia (que é tão importante quando a educação é vista pela perspectiva de internacionalização, com o inevitável fato de ter que lidar com fusos horários diferentes), pela não-linearidade (que é a maneira mais dinâmica e atual de apresentar informação), e pela capacidade de simular eventos do mundo natural e do imaginário de forma a levar o aluno a perceber fenômenos que antes não faziam parte do ensino formal por falta de apoio tecnológico que permitisse alcançar tais metas; com a mudança do papel do professor que, ao passar às tecnologias de informação a responsabilidade de "entregar" o conhecimento ao aluno, libera-se para ser mais um guia do aluno, um conselheiro, um parceiro na procura da informação e da verdade, aumentando a participação ativa do aluno; a motivação para aprendizagem surge no aluno, de dentro para fora, em vez de ser algo externo, como, por exemplo, algo que vem dos pais ou do professor; e, finalmente, há o reconhecimento de que a aprendizagem permanente daqui em diante será uma tarefa constante na vida profissional e pessoal de todos, e que cabe já à escola capacitar o aluno para aprender qualquer assunto que lhe interessa”⁶⁰.

Essa nova ambientação educacional torna central o debate em torno da comunicação social eletrônica e o acesso a ela. Imaginemos dois alunos, com potenciais analíticos e intelectuais semelhantes, sendo que um tem pleno acesso às ferramentas eletrônicas

⁶⁰ Litto, Frederic. Repensando a Educação em Função de Mudanças Sociais e Tecnológicas e o Advento de Novas Formas de Comunicação. Disponível em <http://lect.futuro.usp.br/site/doprofessor/litto1.pdf>. Acesso em 3.4.2008.

de informação enquanto o outro é privado desse acesso total ou parcialmente. Não é difícil prever a enorme dificuldade do segundo em adentrar o mercado de trabalho, de aprender a processar e lidar didaticamente com o enorme volume de informações disponíveis em ambientes eletrônicos, sejam estas informações disponibilizadas em terminais celulares, ou computadores ou mesmo pelos aparelhos de TV. Realmente, segundo Luis Gustavo Grandinetti, muitas vezes “a massificação da informação priva o homem de seu lugar público na medida em que a rapidez das informações não lhe dá tempo para reflexão. O pensamento racional tende a ser substituído pela torrente vigorosa da opinião pública”⁶¹. É necessário, com isso, uma educação que se volte para lidar com esse volume de informações. E isso não se faz sem acesso às ferramentas de comunicação eletrônica que disponibilizam essas informações.

Por óbvio, a questão do acesso à comunicação eletrônica em relação à educação não pode ser confundida com a qualidade e plano de ensino transmitido pelo professor, nem deve substituir completamente as ferramentas mais ortodoxas da educação tradicional. Esse deve ser visto como medida fundamental, mas também complementar. Também não se deve ignorar a dificuldade da utilização das ferramentas necessárias para operar os aparelhos e meios de comunicação eletrônica. Em pesquisa realizada em 2007, o Comitê Gestor da Internet no Brasil concluiu que 55% das pessoas que nunca navegaram na *web*, apontaram a falta de habilidade com o computador e com a própria Internet como o motivo maior para a completa indiferença a essa poderosa ferramenta⁶². Na mesma pesquisa, 64% dos analfabetos ou com apenas a educação infantil indicaram problema idêntico, e 52% dos que têm nível superior também apontaram o mesmo problema. Na divisão por classe de renda, existe a mesma deficiência, qual seja, 62% dos

⁶¹ De Carvalho, Grandinetti, Luis Gustavo Castanho. Direito de Informação e Liberdade de Expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14.

⁶² Disponível em: <http://www.cetic.br/usuarios/tic/2007/index.htm>. Acesso em 3.9.2008.

que recebem até um salário-mínimo e 43% dos que ganham mais do que 55 salários-mínimos nunca “acessaram a Internet porque não se sentem hábeis o suficiente”. Com tais dados em mente, torna-se imperativo um trabalho simultâneo de capacitação e de educação da população. Não é nosso intuito, entretanto, nos aprofundarmos aqui nestes e noutros assuntos congêneres que demandariam extenso trabalho à parte.

Diante do que foi exposto, podemos inferir que a comunicação social eletrônica tem relação íntima com a educação, em dois níveis principais. Primeiro aquele que se refere ao modo como a própria prática pedagógica está sendo modificada como resultado do avanço dos meios de comunicação eletrônica, ou seja, uma prática mais interativa e menos contemplativa, resultado direto da utilização de mecanismos de comunicação eletrônica no ensino. No segundo ponto, temos a questão do incremento substantivo na quantidade de informação circulante e das ferramentas de manipulação dessas informações, que foram potencializadas pelos novos meios de comunicação e precisam ser absorvidas pelas estudantes e professores.

Entendemos, com isso, que o direito à comunicação social é mais que o mero direito de manifestação do pensamento sob diversas formas. O direito à comunicação social consiste, outrossim, na consolidação do direito à informação, que é o “direito de toda a sociedade em ser bem informada, de forma ampla e diversa, de modo a propiciar, livre e isonomicamente, a formação e consciência política, social e cultural dos indivíduos, garantindo a todos o acesso aos meios de comunicação de massa para que possam receber e transmitir pensamentos e opiniões,

com vistas a assegurar também o pluralismo político e social definidores de uma sociedade democrática”⁶³.

Ou seja, o direito de acesso à comunicação social eletrônica, mais do que o simples direito de ter um canal para se manifestar é o direito de ser informado ou de ter acesso à informação de domínio público e de se educar. É a maneira de se integrar a uma determinada sociedade. A liberdade de acesso à informação de um povo revela-se fator fundamental na busca incessante pelos valores constitucionais fundamentais e na afirmação e solidificação do regime democrático. Nesse contexto, a consciência de uma determinada comunidade é em grande parte derivada das noções contidas na miríade da cadeia de valores culturais e sociais dessa sociedade, manifestando-se pelas produções culturais, artísticas, literárias, econômicas, e outras, que fomentam as relações e integrações entre as pessoas⁶⁴, papel hoje desempenhado em grande parte pela comunicação social eletrônica.

Vemos por essas razões e outras já expostas, que o acesso aos meios de comunicação social eletrônica é fundamento *sine qua non* no ambiente educacional de hoje e qualquer política que venha tratar do assunto deve levar em conta essa importante vertente social do problema.

⁶³ Lopes, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁶⁴ Breton, Philippe; Proulx, Serge. Sociologia da Comunicação. São Paulo: Loyola 1996.

1.6 – O interesse público e a comunicação social eletrônica

Os serviços de telecomunicações, não obstante constituírem um serviço público em sentido restrito⁶⁵, possuem elemento de substrato formal que lhes empresta caráter de direito público, caracterizado pela supremacia do interesse público e, portanto, sujeito a restrições parciais⁶⁶. Entre essas restrições, podemos intuir, por exemplo, a implementação de políticas públicas de universalização dos serviços de telecomunicações. Dessa forma, é imperativo que se destaque a enorme função social de uma atividade que, abrangendo um espectro que vai da publicação de obras literárias ao exercício de um jornalismo informativo, constitui-se em ferramenta de irradiação de conhecimento⁶⁷. Isso não quer dizer, contudo, que ao Estado é permitido qualquer atuação sobre as telecomunicações e sobre os meios de comunicação social eletrônica.

A atuação administrativa do Estado pode se manifestar: (i) quanto ao aspecto sobre o qual incide e que exerce controle, sobre a legalidade, sobre o mérito e a boa administração; (ii) quanto ao momento em que incide, se prévio ou a posteriori; (iii) quanto à amplitude da atuação, ou seja, se o controle se dá sobre apenas uma ou toda a atividade; e (iv) quanto ao modo de início da atuação administrativa, se por iniciativa própria ou de agente público⁶⁸. O controle sobre as telecomunicações manifesta-se sob esses vários aspectos. É claro também que a atuação e o entendimento do que vem a ser exatamente o interesse público decorre da visão política do Estado, seja esta visão política liberal ou social. Essa visão estanque, porém,

⁶⁵ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 95.

⁶⁶ Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 142.

⁶⁷ Godoy, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 12.

⁶⁸ Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 2005, p. 442.

é hoje cada vez mais difícil de ser apreendida já que parte dos liberais deseja que o capitalismo exista sob a proteção social do governo, enquanto a esquerda social pretende que o socialismo seja insuflado pelas forças do mercado econômico livre.

Nessa visão pós-moderna, o liberalismo ideal teria, juntamente com o socialismo ideal, cessado de existir por completo. Paul Edward Gottfried chama a esse novo modelo de império universal da burocracia⁶⁹. O Estado Brasileiro, desde fins do regime ditatorial, vem passando por vários projetos de reforma da máquina e da estrutura estatal. A razão primeira dessas reformas concentra-se na sobrecarga que a atividade estatal impunha sobre a sociedade e os indivíduos. Questões como as privatizações e as parcerias público-privadas, por exemplo, surgiram dentro dessa noção de necessidade de reformulação da atividade pública. Esta última consiste em fornecimento de novas fontes de investimento para o setor público, além da criatividade e inovações que caracterizam o serviço privado⁷⁰.

Dinorá Grotti explica que a idéia liberal de funções reduzidas do Estado pressupõe a necessidade de limitar o poder político e delimitar as designações estatais à esfera da segurança, da justiça e dos direitos fundamentais⁷¹. No Estado liberal, o conceito de satisfação pode ser alcançado individualmente pelos particulares. Em seguida, no pós-guerra, surge o Estado Social, de forte centralização econômica na Rússia, e com traços de bem-estar social nas democracias ocidentais. Depois disso, o Estado incorpora as funções de empresário que, além de

⁶⁹ Gottfried, Paul Edward. *After Liberalism: Mass Democracy in the Managerial State*. Princeton: Princeton University Press, 2001, p. 67.

⁷⁰ Horbach, Carlos Bastide. “Parcerias Público- Privadas: aspectos gerais”. Estudo sobre as parcerias público-privadas, José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm (org.), São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 23-44.

⁷¹ Grotti, Dinorá Adelaide Musetti. “O Serviço Público e a Constituição de Brasileira de 1988” in *Temas de Direito Administrativo*, Celso Antônio Bandeira de Mello (coord.), São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 62-84.

manter a economia de mercado, também se lança à regulação, à fiscalização, e mesmo à atuação direta no setor econômico.

O final do século XX representou uma nova redução na atuação estatal, com a responsabilidade de atuação econômica recaindo, então, mais sobre os ombros do setor privado do que o setor público. Para Grotti, isso se deu por duas causas, quais sejam, o fracasso do socialismo e a explosão da revolução nas comunicações rápidas. Tudo isso, ocorreu no contexto do descrédito das idéias keynesianas de intervenção do Estado na economia e do surgimento do monetarismo da Escola de Chicago e da Escola austríaca, liderada por Friedrich A. Hayek. No sentido de mais eficientemente se combater os excessos do Estado Intervencionista, deve haver uma maior desburocratização, bem como uma maior dinamização e simplificação da Administração Pública. Grotti discorda parcialmente dessa visão e faz um alerta na linha de que não se pode deixar que a vida do homem no século XXI se reduza ao binômio mercado/consumidor, em que o Estado apenas defenda a competitividade sem respeitar os princípios democráticos e os direitos fundamentais. Em seguida, com a onda neoliberal, aduz Grotti, o serviço público hoje se encontra diante de uma nova crise que se caracteriza no plano material, institucional e dogmático.

A questão do interesse público nasce no bojo do direito administrativo decorrente da revolução francesa, e estaria apoiado nos seguintes pontos: (i) conjunto de preceitos sistemáticos para as autoridades administrativas; (ii) reconhecimento de direitos particulares ante a administração pública; (iii) elaboração doutrinária dos aspectos legais da atividade administrativa; (iv) elaboração jurisprudencial que suportasse a administração pública.

A justificativa para a criação ou imposição deste modelo administrativo era impor a ordem, até mesmo em decorrência do tumultuado processo revolucionário⁷².

Além da formação histórica e das raízes do interesse público, devemos notar que esse interesse coincide ou tem origem, em certa medida, com a noção de serviço público. A noção de serviço público nasceu justamente da necessidade de separar o juízo administrativo do juízo ordinário por meio da classificação dos atos administrativos. Na Itália, por exemplo, a noção de serviço público passou por várias fases, dentre elas: (i) a noção subjetiva, que significa que qualquer atividade emanada da administração pública seria serviço público; (ii) a municipalização dos serviços públicos, que passava por uma assunção da propriedade e gestão de empresas prestadoras de serviços públicos por parte de um governo local; (iii) a noção objetiva de serviço público, que consiste em toda atividade imputável direta ou indiretamente pelo Estado, voltada a fornecer prestações a cidadãos considerados individualmente⁷³. Houve então a separação entre função pública e serviço público, sendo que a primeira consistiria na expressão do poder administrativo e a segunda uma atividade social imputável ao Estado.

Teve início então o surgimento de um conjunto de direitos subjetivos que deveriam ser assegurados pelo Estado ao indivíduo e que consistiriam em direitos de prestação. Não obstante a Constituição reservar a efetividade de alguns direitos à publicação de leis correspondentes, isso não necessariamente significa que estes direitos careçam totalmente de valor. Ou seja, um fato é a ausência de Leis específicas para o tratamento da questão, outra é

⁷² Medauar, Odette. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

⁷³ Justen, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 81

carência de toda e real efetividade desses direitos.⁷⁴ Com isso, a criação de um serviço público significa dizer que as necessidades de determinado interesse público podem ser suprimidas por meio de procedimentos ligados ao direito público; em outras palavras, seria declarar aplicáveis as regras de direito público para a satisfação de certa demanda de interesse geral⁷⁵. A criação de um serviço público é, no direito francês, segundo Jezé, uma atribuição do Parlamento, a quem cabe a formulação de toda espécie de Lei que possa atentar contra as liberdades individuais e à propriedade. Com isso, na França há a idéia de que a prestação de serviços públicos representa necessariamente a restrição de liberdades individuais e, portanto, estes devem emanar não da Administração Pública, mas do Parlamento. Diante disso, todo ato que cria um serviço público provém de uma Lei em sentido material e em sentido formal produzida pelo Legislativo.

Marcello Caetano explica que, em razão da vida em sociedade, as necessidades coletivas surgem na vida social e são sentidas direta e imediatamente pelas pessoas⁷⁶. Com isso, nasce o imperativo de se organizarem serviços com o objetivo de se produzir os bens, sejam estes materiais ou imateriais, para que os indivíduos possam satisfazer suas necessidades, o que é feito por meio dos serviços públicos. O serviço público, para o autor, consiste no modo de atuar da autoridade pública, de maneira regular e contínua, a quantas pessoas dele careçam, no sentido de prover satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida. Dessa definição o autor considera que o serviço público é destinado à prestação de utilidades concretas a indivíduos além de satisfazer a necessidade coletiva individualmente sentida. De outra forma, é a satisfação do interesse público.

⁷⁴ Enterría, Eduardo Garcia; Fernandez, Tomas-Ramon. Curso de Derecho Administrativo, tomo II, 5º Edición, Madrid: Civitas, 1998, p. 75.

⁷⁵ Jèze, Gaston. Principios Generales del Derecho Administrativo, tomo II, Buenos Aires: Deplama, 1949, p. 107.

⁷⁶ Caetano, Marcello. Principios Fundamentais do Direito Administrativo, 1ª reimpressão portuguesa, Coimbra: Almedina, 1998, p. 213-232.

Como são destinados ao público, os serviços públicos devem proporcionar, outrossim, prestações igualmente a todas as pessoas, ou seja, deve haver o que o autor chama de um princípio da liberdade de acesso às prestações. Para Miguel Morón o direito administrativo liberal e seus dogmas, construídos da noção histórica do liberalismo clássico, ainda detém importância considerada em razão de sua flexibilidade e capacidade de adaptação prática aos diversos regimes políticos que a ela se sobrepõem. Um desses dogmas, consoante o autor citado, consiste na dualidade entre o indivíduo e o cidadão, o que cria uma oposição entre interesse privado e interesse público respectivamente⁷⁷. Dessa forma, haveria o indivíduo com sua esfera de liberdade inatingível pelo Estado, que estaria do lado oposto, como titular da soberania, do poder jurídico e como representante dos interesses gerais. Nesse contexto, Morón explica que a submissão do poder público aos órgãos representativos fica muitas vezes limitada a um mero formalismo. Nesse sentido, Morón argumenta que está ocorrendo uma reorientação de um Estado mono-classe para um Estado de muitas classes sociais, que passam a ser contempladas na estrutura política e econômica. Com o novo arranjo, o Estado vê-se formalmente acima de todas as classes e interesses, ajudando a todos de forma não-linear.

Ainda para Morón, o conteúdo de fato do interesse geral é determinado pelo Parlamento, que deve agir sempre dos limites do Direito⁷⁸. Papel importante desempenha a administração que não deve imiscuir-se com a política propriamente dita, mantendo-se assepticamente distante deste, formando um corpo apolítico e independente. Nessa análise deve-

⁷⁷ Morón, Miguel Sanchez. *La participación del ciudadano en la administración pública*, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1980, p. 17-19

⁷⁸ Morón, Miguel Sanchez. *La participación del ciudadano en la administración pública*, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1980, p. 29

se levar em conta que o caráter de cada instituição é que determina a forma de participação e mediação no interesse social. Outro dogma que merece destaque para o insigne autor é o centralismo que, sob o argumento de que o interesse geral é responsabilidade de todos os órgãos de administração, então caberia a todos eles agir e impor esse interesse. Com isso, de acordo com o autor, os postulados de base do direito administrativo tradicional são insuficientes para fazer frente aos desafios postos atualmente. Isso ocorre tanto do ponto de vista do cidadão quanto se analisada a questão pela ótica do Estado.

Para o nosso trabalho, a questão do interesse público se impõe como fundamento necessário para o exercício das atividades de regulação pela Administração Pública. A regulação é necessária, dentre outros motivos, em razão da escassez de espectro radioelétrico. Se vários serviços começaram a emitir sinais em qualquer frequência e potência os problemas de interferência por si só já tornarão a comunicação inviável⁷⁹. Tecnicamente, portanto, um nível de regulação mínima é *conditio sine qua non* para a sobrevivência minimamente ordenada de serviços de telecomunicações que se utilizam de recursos escassos. Vejamos, a seguir, as razões de justiça para a maior democratização do acesso à comunicação social eletrônica.

1.7 – A comunicação social eletrônica como justiça

1.7.1 – Considerações iniciais

O mundo e, por consequência o Brasil, passam no momento por um potencial de grande transformação no que diz respeito à oferta de informação de conteúdo eletrônico, seja

⁷⁹ Benjamin, Stuart Minor et al.. Telecommunications Law and Policy. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2006, p. 6.

na sua produção, programação ou provimento⁸⁰. Serviços de Internet em banda larga, TVs por Assinatura, celulares interativos, jornais digitais, etc, são exemplos desse novo conjunto de fontes de informação da qual parcela significativa da população ainda se encontra excluída. Para se ter idéia, diante de uma população de mais de 170 milhões de habitantes, o número de assinantes de TV por Assinatura no Brasil é de apenas 4,4 milhões⁸¹, e os de Internet banda larga apenas 4,3 milhões⁸².

Dessa forma, e em tendência cada vez mais crescente, os meios de comunicação e as fontes de informação são digitalizados⁸³ e o acesso a essas fontes é condição imperativa para a integração de cada pessoa na sociedade. Na sociedade da informação⁸⁴, cuja base universal é a digitalização e a integração de plataformas tecnológicas, a inclusão digital da população parece constituir pressuposto importante na educação, na integração social e econômica, bem como ferramenta de manifestação do pensamento e veículo máximo da liberdade de expressão. A Internet, como novo espaço antropológico, há de se impor, expandindo os horizontes do conhecimento e o não acesso a esse conhecimento constitui exclusão social pela educação. Assim, é cada vez mais imperativo e urgente reduzir as restrições e as dificuldades de acesso aos meios digitais de informação, que vêm cada vez mais dos meios de informação e mídia tradicionais⁸⁵.

⁸⁰ Burke, Peter; Briggs, Asa. Uma Breve História Social da Mídia, De Gutenberg à Internet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 264.

⁸¹ Disponível em: http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/tv_assinatura/graficosballsem2006.pdf. Acesso em 10.10.2006.

⁸² Disponível em: http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/tv_assinatura/graficosballsem2006.pdf. Acesso em 10.10.2006.

⁸³ Final Report of the Information Highway Advisory Council, 1995, p. 42.

⁸⁴ Almeida, André Mendes. Mídia Eletrônica, seu controle nos EUA e no Brasil, 2º edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁸⁵ Dizard Jr., Wilson. A Nova Mídia, a Comunicação de Massa na Era da Informação. São Paulo. Zahar, 2000.

Para Marcos Alberto Bitelli⁸⁶, o direito à comunicação social é o direito de difundir, sob algumas reservas, o exercício das prerrogativas fundamentais do inciso IX, art. 5º, da Constituição Federal⁸⁷. Esse direito à comunicação social seria resultado da liberdade de manifestação do pensamento que consta do inciso IV desse mesmo art. 5º de nossa Carta Magna. Mais, porém, que a existência de um direito de difundir e receber informações, a questão do acesso à comunicação social parece transcender a mera disputa jurídica para encontrar respaldo na própria noção de justiça.

Dessa forma, em complemento à questão do interesse público, consideramos importante, a título de justificativa teórica do trabalho, abordar o assunto da comunicação social eletrônica sob um aspecto mais filosófico. Tal esforço procura responder à seguinte questão: o acesso à comunicação social eletrônica deve ser encarado como a satisfação de uma demanda de justiça? Reconhecemos que a resposta minuciosa a tal pergunta implicaria análise cujo objeto se desdobraria para muito além deste trabalho. No entanto, parece-nos necessário tecer alguns juízos sobre o problema que, a nosso ver, empresta consistência e roupagem político-filosófica ao tema do trabalho, tornando-o mais consistente. Além disso, alguns desdobramentos dessa questão podem nos servir de guia para a análise dos limites de aplicação e da própria conveniência da adoção de uma “universalização” do acesso à comunicação social eletrônica.

Com esse objetivo, buscaremos inserir a comunicação social eletrônica no contexto da teoria de justiça de John Rawls, que quando de sua publicação em 1971, constituiu

⁸⁶ Bitelli, Marcos Alberto Sant’Anna. O Direito da Comunicação e da Comunicação Social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 190.

⁸⁷ Art. 5º, IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

um marco da filosofia política da segunda metade do século XX⁸⁸. Para tanto, procederemos a uma síntese da teoria de Rawls, na qual procuraremos identificar a sobreposição entre esta teoria e alguns aspectos da comunicação social eletrônica, tal como é desenhada hoje. Analisaremos também a possibilidade de aperfeiçoar as diretrizes da aplicação regulatória da teoria da comunicação social eletrônica por meio da utilização dos conceitos apresentados por Rawls.

1.7.2 – A teoria de justiça de John Rawls e o acesso à comunicação social eletrônica

Dois princípios de justiça fundamentais que embasam a teoria de justiça de John Rawls constituem o alicerce de uma sociedade justa e moralmente aceitável. O primeiro deles é o chamado valor equitativo de liberdades políticas iguais, que seria a possibilidade de as pessoas terem a maior liberdade possível sem prejudicar a liberdade dos outros; o segundo princípio consiste na igualdade equitativa de oportunidades, que garante que posições sociais e econômicas devam existir e serem acessíveis para a vantagem de todos. Rawls argumenta que as pessoas alcançariam naturalmente a elaboração destes princípios por meio da existência, hipotética claro, de um mecanismo chamado de véu de ignorância - situação na qual todas as pessoas estariam numa situação denominada posição original, onde se teria apenas uma noção geral sobre fatos da vida e sociedade, devendo fazer escolhas racionalmente prudentes. Por meio desse véu de ignorância, Rawls aduz que todo homem nessa posição original seria forçado a adotar pontos de vista moral mais generalizados e universais. Com isso, as pessoas poderiam encontrar boas soluções morais somente com o uso da razão e da prudência, consideradas algumas restrições de procedimento e conhecimento.

⁸⁸ Silveira, Denis Coutinho. Teoria da Justiça de John Rawls: entre Liberalismo e o Comunitarismo. Revista Trans/Form/Ação, vol. 30 n.º 1, Marília, 2007.

Os dois princípios de justiça na teoria de Rawls podem ser formulados de outra forma, seriam os seguintes na ordem previamente apresentada: (i) o direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais, que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e (ii) as desigualdades econômicas devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições equitativas de oportunidades e devem beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade, levando em conta o chamado princípio da diferença⁸⁹. Norman Daniels nota que alguns estudiosos entendem que a equidade política de Rawls seria compatível com significantes desigualdades sociais e econômicas, mas como veremos adiante, tal entendimento não é tão claro⁹⁰.

Podemos, à primeira análise, inserir a questão do acesso à comunicação social eletrônica, i.e., o acesso aos meios eletrônicos de comunicação como Internet, TV por Assinatura, conteúdo eletrônico em celulares e outros, como pressuposto necessário no contexto da igualdade equitativa de oportunidades. De fato, a não acessibilidade a meios de informação digital em plena era da informação eletrônica pode resultar em déficits de educação. Não é à toa que os países mais desenvolvidos possuem os melhores centros de informática; é onde aos alunos têm disponibilizado o maior número de recursos de acesso à informação eletrônica. Um aluno médio com acesso a meios eletrônicos ou à informação *online* tende a ser mais aparelhado e ter aprendizado mais dinâmico e integrado que alunos que não possuem acesso a esses recursos⁹¹.

⁸⁹ Rawls, John. *Justiça Como Equidade, Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60.

⁹⁰ Daniels, Norman. *Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty in: Reading Rawls, Critical Studies in Rawls' a Theory of Justice*. Stanford: Stanford University Press, 1989, p. 253.

⁹¹ Final Report of the Information Highway Advisory Council, 1999, p. 83.

Além disso, o posicionamento no mercado torna-se muito mais fácil para alguém que sabe lidar e está acostumado a utilizar estas ferramentas eletrônicas.

Rawls afirma que a igualdade equitativa de oportunidades parte da premissa de que à pessoas devem ser asseguradas chances iguais de ocupar cargos e funções. Ou seja, aqueles que têm o mesmo nível de dons e talentos e a mesma disposição para utilizá-los deveriam, em tese, ocupar as mesmas posições, ou posições muito parecidas hierarquicamente, independentemente de sua classe social de origem. Nessa linha, asserta Rawls que em todas as classes deve haver praticamente “as mesmas perspectivas de cultura e realização para aqueles com motivação e dotes similares”⁹².

É claro que, no Brasil, tais premissas não se confirmam. Com relação ao acesso à Internet banda larga, por exemplo, temos apenas 6.951 milhões de usuários domiciliares⁹³, para um universo de mais de 183 milhões de brasileiros⁹⁴. Por outro lado, nos Estados Unidos temos 82.6 milhões de usuários⁹⁵ para uma população que é bem menos que o dobro da população brasileira.

Rawls deixa claro que para resolver essa questão é necessário o estabelecimento de instituições políticas que amenizem a excessiva concentração de propriedade e de riqueza. Diante desse argumento, vale especular que seria talvez plausível que um órgão da administração pública regulasse a questão da comunicação social eletrônica. Na questão da educação, Rawls é

⁹² Rawls, John. *Justiça Como Equidade, Uma Reformulação*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 63.

⁹³ Disponível em: <http://www.teleco.com.br/internet.asp>. Acesso em 5.9.2008.

⁹⁴ Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/default.shtm>. Acesso em 6.7.2008

⁹⁵ Disponível em: <http://www.teleco.com.br/pais/us.asp>. Acesso em 17.9.2008.

direto em colocar que esta deve ser oferecida igualmente a todos, independente da renda. Mais ainda, Rawls estabelece que essas concentrações de riqueza excessivas tendem a minar o valor eqüitativo das liberdades políticas iguais. A garantia das condições eqüitativas é condição fundamental das normas de justiça de fundo. Rawls explica que a justiça como eqüidade tem início na tradição política e toma como concepção fundamental a idéia de sociedade como sistema justo de cooperação ao longo do tempo⁹⁶. Para que exista essa cooperação deve existir engajamento dos cidadãos, ou seja, as pessoas devem ter acessibilidade aos meios ou canais de comunicação apropriados para se manifestarem.

A teoria da justiça trata das perspectivas de vida dos cidadãos, considerando que estes são afetadas por sua classe social de origem, seus talentos naturais e por sua boa ou má sorte ao longo da vida. Existem, portanto, na concepção de Rawls, os menos favorecidos, que são aqueles que não desfrutam de todas as condições de acesso ideais aos bens primários. Bens primários consistem naqueles bens que os cidadãos precisam ter minimamente como pessoas livres e iguais numa vida plena. O autor em comento distingue cinco espécies de bens primários, quais sejam: (i) direitos e liberdades básicas, entre os quais constam a liberdade de pensamento e de consciência; (ii) as liberdades de movimento e livre escolha; (iii) os poderes e prerrogativas de cargos e posições de autoridade e responsabilidade; (iv) renda e riqueza; e (v) as bases sociais do auto-respeito⁹⁷.

Dentre os cinco gêneros de bens primários acima citados atentemo-nos ao primeiro. Rawls explica que uma lista dessas liberdades básicas pode ser construída de duas

⁹⁶ Rawls, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia Publisher, 2005, p. 15.

⁹⁷ Rawls, John. *Justiça Como Eqüidade, Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p 83.

maneiras distintas. Uma é histórica, feita por meio da avaliação dos direitos vigentes em regimes democráticos – que não pode, porém, ser utilizada numa situação de véu de ignorância, tal como sugerida por Rawls. A segunda forma é analítica, onde se avalia qual é o conjunto de liberdades que fornece as condições políticas e sociais essenciais para o desenvolvimento apropriado, bem como do exercício pleno das faculdades morais das pessoas livres. Rawls afirma que essas faculdades morais equivalem à capacidade de possuir um senso de justiça e de formar uma concepção do bem. Para se criar um senso de justiça, são necessárias compreensão e aplicabilidade dos princípios de justiça política que determinam os termos equitativos de cooperação social. Para tanto, é essencial a formação cultural de cada cidadão, para que estes sejam capazes de elaborar racionalmente, por si só, as bases do entendimento de justiça⁹⁸. Os direitos e liberdades básicos, como bens primários, visam garantir e proteger o campo de ação necessário ao bom exercício e desenvolvimento dessas faculdades morais. Rawls entende que este exercício é fundamental na construção de uma sociedade composta por cidadãos livres e iguais.

Desse modo, com o fim de que os cidadãos possam colocar em prática essas faculdades morais com consciência é fundamental hoje o acesso à informação eletrônica. A falta desse acesso cerceia o cidadão não apenas de um direito de acesso à informação, mas também de uma liberdade de se manifestar por falta de canais de comunicação adequados. Tal restrição afeta sua capacidade estrutural básica de participar do debate social e, portanto, da oportunidade mesma de disputar cargos ou funções em estado de equidade.

⁹⁸ Daniels, Norman. *Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty in: Reading Rawls, Critical Studies in Rawls' a Theory of Justice*. Stanford: Stanford University Press, 1989, p. 127.

Por fim, podemos considerar ainda o princípio da diferença, como subcaracterística do segundo princípio de justiça. O princípio da diferença, segundo Rawls, tem lógica na regra *maximin*, em que devemos identificar o pior resultado possível de cada alternativa disponível para em seguida adotar a alternativa cujo pior resultado é menos mal do que os piores resultados de todas as outras alternativas restantes. Em outras palavras, a regra diz que a existência dos mais favorecidos somente se justifica até onde estes podem de fato contribuir para que os menos favorecidos melhorem. Quando isso deixa de acontecer, mesmo que o índice de renda melhore para os mais favorecidos, a reciprocidade embutida no princípio da diferença deixa de existir. Desse modo podemos dizer que quando empresas procuram lucrar de forma exorbitante e não disponibilizam serviço de Internet banda larga ou TV por Assinatura em localidades mais pobres, ou mesmo quando o próprio estado impõe ônus pesados em empresas de modo a impossibilitá-las de prestar esses serviços a um preço razoável e acessível, temos que uma ruptura na regra *maximin*⁹⁹. Ressaltamos que a regra *maximin* pode apresentar muito mais subjetividades nesse contexto, como a divisão dos três axiomas de que nos fala A.K. Sen¹⁰⁰, mas que não serão aqui abordadas.

No caso da falta de acessibilidade do cidadão à comunicação social eletrônica, podemos aplicar os conceitos da teoria de justiça de Rawls levando em conta os fundamentos dos dois princípios de justiça. No primeiro princípio, essa falta de acessibilidade diz respeito à

⁹⁹ Rawls, John. *Justiça Como Equidade, Uma Reformulação*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p 83. 89.

¹⁰⁰ Os três axiomas são os seguintes: (i) Axioma de Preferência Simétrica: se todas as pessoas têm a mesma função de bem-estar, então qualquer transferência de renda de uma pessoa mais rica para uma mais pobre que não reverta a desigualdade, seria preferível; (ii) Axioma da Equidade do mais Fraco: Se a pessoa i está pior que a pessoa j todas as vezes que i e j têm a mesma renda, então nenhuma renda a mais deveria ser dada a i do que a j numa solução ótima de problema de distribuição; e (iii) Axioma da Transferência Conjunta: existe um caso em que j está um pouco melhor que k e muito pior que i, e onde uma transferência de i para j, juntamente com uma pequena transferência de k para j, seja mais preferível que a ausência de qualquer uma das duas transferências. Ver: Sen, A. K.. *Rawls vs. Bentham: An Axiomatic Examination of the Pure Distribution Problem*, in: *Reading Rawls, Critical Studies on Rawls' a Theory of Justice*. Stanford: Stanford University Press, 1989, p. 283.

relação dos bens primários, dentre os quais consta a lista de liberdades básicas que pode conter itens trazidos de forma analítica, ou seja, uma liberdade que, caso não concedida, pode impedir o exercício das faculdades morais de que tratamos no parágrafo anterior. No que se refere ao segundo princípio, fica claro que o não acesso à comunicação social eletrônica torna o cidadão deficitário em relação a outros que dispõem do acesso a esses serviços, minando assim sua capacidade de disputar em condições de igualdade uma determinada posição social. E, quanto à regra *maximin*, temos que segundo, a teoria de Rawls, empresas de comunicação social eletrônica e o próprio Estado somente deveriam priorizar o enriquecimento dos mais favorecidos enquanto os menos favorecidos ainda são de fato beneficiados pela perspectiva de riqueza dos primeiros¹⁰¹.

Podemos notar, portanto, que o acesso à comunicação social eletrônica como justiça, na visão de John Rawls pode ser desdobrado em três pontos que interessam este trabalho. São eles: (i) é justo, de uma maneira geral, que as pessoas tenham acesso aos meios de informação eletrônica, já que o princípio da igualdade equitativa de oportunidades parte da premissa de que às pessoas devem ser asseguradas chances iguais de ocupar cargos e funções e que, para isso, todas as classes devem gozar praticamente das mesmas perspectivas de cultura e realização para aqueles com motivação e dotes similar; (ii) é justo que o Estado, de forma

¹⁰¹ É oportuno lembrarmos a teoria desenvolvida por Ross Zucker, em sua obra *Democratic Distributive Justice*¹⁰¹. O autor defende uma teoria de justiça econômica em que os menos favorecidos deveriam ser sempre também beneficiados, ao menos em parte, com o desenvolvimento econômico. Isso porque todas as pessoas, em potência, contribuem, direta ou indiretamente, para o valor econômico de um dado produto, ou seja, para o aumento do valor final daquele produto. *Commodities* produzidas somente terão valor caso sejam desejadas ou precisadas. Se ser desejado ou necessitado dá valor a um produto, então tais fatores são componentes essenciais para o valor final desses produtos e às pessoas que agregaram valor ao produto é justo que seja devida uma contrapartida. Em suma, mesmo os indivíduos menos favorecidos de uma sociedade, ao desejarem um produto, contribuem economicamente para o aumento do valor dos bens e da riqueza daquela sociedade. E pela regra do merecimento, cada pessoa tem direito ao valor econômico criado por ela mesma. Ver: Zucker, Ross. *Democratic Distributive Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

parcimoniosa, regule e imponha algumas obrigações às empresas no sentido de estimular e incentivar economicamente a maior penetração dos meios de comunicação social eletrônica em todas as classes; e (iii) o Estado deve limitar suas ações interventivas, de modo a não cercear os direitos e liberdades básicos de livre expressão e de manifestação do pensamento, bem como para evitar o dirigismo das faculdades morais dos indivíduos.

CAPÍTULO II – OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NO CONTEXTO DA COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA

2.1. Observações iniciais

Entendemos conveniente esclarecer que, não obstante o objeto deste capítulo pareça, à primeira vista, um tanto deslocado do contexto central deste trabalho, sua inserção é de extrema importância para o aprofundamento da noção dos impactos que a convergência tecnológica provoca nos serviços de telecomunicações que são relacionados às atividades de comunicação social eletrônica. É nesse capítulo que situaremos a posição e o papel de cada serviço no cenário da comunicação social eletrônica. Veremos também como a definição legal de cada serviço, em face da liquefação das fronteiras tecnológicas, já não é suficiente para ordenar, discernir e identificar claramente cada serviço e que existe grande dificuldade de se regulamentar de maneira fracionada e estanque, à moda antiga, serviço por serviço.

Não obstante o fenômeno da convergência tecnológica, muitas dessas diferenças de direito e de fato ainda existem entre os serviços. A inserção deste capítulo é, dessa maneira, metodologicamente necessária para visualizarmos essas diferenças que, embora desbotadas, ainda persistem entre os serviços de telecomunicações que lidam com o conteúdo eletrônico. Tais diferenças tendem a permanecer existindo por algum tempo já que, ao menos por enquanto, há um enrijecimento constitucional da questão. Ademais, a identificação das peculiaridades de cada serviço é essencial para distinguir tratamentos regulatórios justos e pontuais sobre cada um deles.

Embora o conteúdo eletrônico que transita em redes digitais convergentes, possa estar em toda parte, ele já não está mais restrito a determinado *framework* de uma ou outra operadora ou prestadora de serviços de telecomunicações¹⁰². Ainda que a convergência tenha feito ruir algumas das muralhas que diferenciavam os serviços de telecomunicações, ainda há vários meios de se identificar, individualizar e distinguir um serviço do outro. Essa diferenciação, como verificaremos nos capítulos subseqüentes, é essencial para efeitos de regulamentação e proposição de soluções para o problema da comunicação social eletrônica no Brasil.

Dentre os serviços de telecomunicações de valor adicionado que trataremos neste trabalho, importa-nos somente aqueles que possuem relação, em maior ou menor grau, com a distribuição de conteúdo eletrônico. São eles: (a) o serviço de radiodifusão; (b) o serviço de telecomunicações de TV por Assinatura, em seus três formatos – o serviço de TV a Cabo, o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite - DTH e o serviço de Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal - MMDS; (c) o serviço de valor adicionado da Internet; (d) o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, que é um serviço de telecomunicações; e (e) o Serviço Móvel Pessoal – SMP, que é o serviço de telecomunicações prestado por meio de aparelhos celulares.

Neste capítulo analisaremos, acerca de cada um dos serviços mencionados no parágrafo anterior, os seguintes pontos: suas definições legais no contexto da convergência tecnológica; seus elementos distintivos e identificadores, com base no desenvolvimento histórico e consuetudinário dos serviços; e, enfim, sua relação com a comunicação social eletrônica.

¹⁰² Nihoul, Paul. Et al.. EU Electronic Communications Law: Competition and Regulation in the European Telecommunications Market. New York: Oxford University Press, 2004, p. 50.

Uma forma mais didática e menos cansativa de discorrer sobre a relação entre os serviços de telecomunicações e o conteúdo eletrônico é classificá-los de acordo com o grau e intensidade dessa relação. Para fins deste trabalho dividiremos esses graus em três níveis. O primeiro nível abarca os serviços cujo conteúdo eletrônico é inerente e se confunde com a própria finalidade do serviço. Nestes serviços, a própria definição legal transmite a possibilidade de se realizar atividades relacionadas ao conteúdo eletrônico. É o caso, por exemplo, dos serviços de TV por Assinatura e da radiodifusão. O segundo grupo é constituído por aqueles serviços cujo conteúdo eletrônico não aparece como atividade inerente à sua exploração, mas que faz parte eventualmente da oferta da operadora. Este é o caso do Serviço Móvel Pessoal – SMP. Num terceiro grupo estão aqueles serviços que, nem indiretamente, são capazes de ofertar legalmente conteúdo eletrônico, como acontece com o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC.

A seguir iremos promover análise conceitual dos dois primeiros tipos de serviço, procurando evidenciar as definições legais e as características próprias de cada um deles.

2.2 - Serviços de telecomunicações cujo conteúdo eletrônico é inerente ao serviço

Dentre os serviços de telecomunicações cujo conteúdo eletrônico pode ser considerado como parte inerente ao serviço, temos os serviços de radiodifusão de sons e imagens, todos os serviços de TV por Assinatura, e o serviço de valor adicionado, no caso específico da Internet. O primeiro serviço que merece destaque é, obviamente, o serviço de radiodifusão, qual seja, a televisão, o meio de comunicação social eletrônica por excelência. A TV aberta detém, em média, mais de 60% de todo o bolo publicitário no Brasil. A rede Globo, por sua vez, fica com

algo em torno de 60% do valor da publicidade na TV aberta, de acordo com o Mídia Dados 2005, do Grupo de Mídia São Paulo¹⁰³. A televisão está hoje em mais de 94% dos lares brasileiros.

Vale notar que a Constituição Federal traçou em 1988 linha divisória separando o monopólio estatal das telecomunicações e a radiodifusão. Nessa divisão a Carta Constitucional vedou qualquer participação estrangeira no capital total e votante da radiodifusão, estabelecendo que empresas não poderiam ser tidas como sócias no negócio, ainda que fossem constituídas totalmente por capital brasileiro e controladas por brasileiros¹⁰⁴.

A radiodifusão não possui uma definição direta e clara, mas o art. 6º da Lei 4.117/62 estabeleceu que, quanto aos fins a que se destina, o serviço de radiodifusão é aquele “destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão”. Esta definição, bastante suficiente em 1962 tornou-se hoje um tanto incapaz de estabelecer com precisão o que é a radiodifusão, ainda mais em vista da recente eclosão da TV digital. Não obstante o laconismo legislativo, podemos enumerar algumas características do serviço de radiodifusão dadas tanto pela regulamentação infralegal como pela história e costumes na prestação do serviço¹⁰⁵:

(i) seu conteúdo é definido pelo radiodifusor;

¹⁰³ Magalhães, Ana Lúcia (Org.). Estudo Mídia Dados 2005. São Paulo: Grupo de Mídia São Paulo, 2005.

¹⁰⁴ Assim dispunha o art. 222 da CF e seus respectivos parágrafos, antes da Emenda Constitucional 36/2002: “Art. 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, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual. § 1º - É vedada a participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a de partido político e de sociedades cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros. § 2º - A participação referida no parágrafo anterior só se efetuará através de capital sem direito a voto e não poderá exceder a trinta por cento do capital social.”

¹⁰⁵ Pinheiro, Guilherme Pereira. A Comunicação Social Eletrônica no Brasil: Controle e Propostas para o Setor. Brasília: Digigraph, 2005, p. 14.

- (ii) o radiodifusor é responsável pelo conteúdo de suas transmissões;
- (iii) o conteúdo da radiodifusão é difundido (colocado no ar), conforme grade de programação definida pelo radiodifusor;
- (iv) o conteúdo é difundido a todos simultaneamente;
- (v) as concessionárias, permissionárias e autorizadas de radiodifusão estão obrigadas a transmitir certos programas oficiais do Governo (a propaganda eleitoral gratuita; cadeias nacionais e requisitadas pelo Governo; programa de informação dos Poderes da República, no caso do Rádio);
- (vi) a radiodifusão é um serviço unidirecional; não há interatividade nem canal de retorno;
- (vii) há um número mínimo de horas a transmitir diariamente;
- (viii) há um limite máximo ao tempo de propaganda comercial veiculada;
- (ix) os meios de transmissão (canal, antena, transmissor etc.) são de propriedade do radiodifusor;
- (x) a radiodifusão é um serviço terrestre;

(xi) a radiodifusão de sons e imagens é suportada por canais nas faixas tradicionalmente conhecidas como VHF e UHF;

(xii) a radiodifusão é um serviço ponto-área;

(xiii) o radiodifusor não sabe quem está recebendo seu programa;

(xiv) o usuário de radiodifusão (ouvinte ou telespectador) não precisa de qualquer autorização do radiodifusor para usufruir o serviço, nem nada paga por isso;

(xv) o usuário nada paga para receber o serviço de radiodifusão;

(xvi) não pode haver qualquer contrato entre o explorador de radiodifusão e o usuário como condicionante para usufruto do serviço;

(xvii) o equipamento para recepção do serviço de radiodifusão é facilmente disponível;

(xviii) o usuário de radiodifusão pode escolher o lugar em que receberá o serviço. Por exemplo, pode ver televisão em casa, levar seu receptor de TV para seu escritório, para um clube, ou qualquer lugar de sua conveniência;

(xix) a remuneração do radiodifusor provém de veiculação de comerciais;

Pela enumeração dessas características, já podemos inferir uma noção mais precisa do que constitui de fato a radiodifusão. Por meio dessa exposição, fica claro que nem toda emissão de radiofrequência recebida em um monitor de TV constitui serviço de radiodifusão de sons e imagens. Uma tela acoplada a um elevador, por exemplo, não se confunde com o serviço de radiodifusão de sons e imagens porque, entre outras razões, o monitor é fixo, e para se assistir a esse monitor a pessoa deve estar fisicamente no elevador. Nesse caso, o sinal não é difundido pelo ar, em VHF ou UHF etc. Também um sinal de vídeo em um aparelho de celular não constitui radiodifusão, haja vista que para receber esse sinal o interessado tem que assinar o serviço, ou seja, tem que ter um contrato com o prestador de Serviço Móvel Pessoal - SMP. E isso vale mesmo para a situação em que o conteúdo transmitido seja o mesmo conteúdo da radiodifusão.

Vemos, portanto, que peculiaridades identificam e dão identidade única e própria ao serviço de radiodifusão. A convergência tecnológica, por mais que tenda a diluir as fronteiras entre os serviços e torná-los mais semelhantes, não consegue moldá-los completamente; ou seja, cada serviço ainda detém de certa forma, uma particularidade que o torna singular.

Antes de adentrarmos o mérito dos serviços de TV por Assinatura propriamente ditos, é oportuno notarmos que os serviços de TV a Cabo, MMDS e DTH são, coletivamente, conhecidos como Serviços de Comunicação Eletrônica de Massa - SCEM¹⁰⁶, pois têm muitas

¹⁰⁶ Vale notar que o serviço de radiodifusão também pode ser inserido no conceito de serviço de comunicação eletrônica de massa, como nos Estados Unidos, o que nos parece ser a hipótese também adotada pelo direito pátrio. Para mais detalhes, ver: Carter T. Baron et al.. Mass Communications Law. Saint Paul: West Group, 2000, p. 403.

características em comum. A principal delas é que o conteúdo é parte inerente ao serviço. De fato, eles se descaracterizariam por completo sem o conteúdo audiovisual¹⁰⁷.

As características essenciais dos Serviços de Comunicação Eletrônica de Massa estão enumeradas no art. 4º. do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73, de 25 de Novembro de 1998:

Art. 4º São considerados serviços de comunicação de massa, prestados no âmbito do interesse coletivo, os serviços de telecomunicações que possuam simultaneamente as seguintes características essenciais:

I - distribuição ou difusão dos sinais ponto-multiponto ou ponto-área;

II - fluxo de sinais predominantemente no sentido prestadora usuário;

III - conteúdo das transmissões não gerado ou controlado pelo usuário;

IV - escolha do conteúdo das transmissões realizada pela prestadora do serviço.

Os Serviços de Comunicação Eletrônica de Massa podem ser recebidos livre e diretamente pelo público em geral, como no caso da radiodifusão (televisão e rádio) ou mediante contrato, como em contratos de TV a Cabo, MMDS e DTH. Com isso, ao mesmo tempo que cada serviço possui uma certa identidade distinta, também faz parte de uma espécie comum que faz parte de um mesmo gênero maior, qual seja o Serviço de Comunicação Eletrônica de Massa. Do

¹⁰⁷ Nos EUA, eles se oporiam aos chamados *common carriers*, i.e., aqueles serviços em que o conteúdo é determinado pelo usuário.

mesmo modo, serviços como os de TV a Cabo, MMDS, e DTH também se encaixariam no amplo conceito constitucional de meio de comunicação social eletrônica, que, de acordo com o art. 222, § 3º da Magna Carta, compreende todos os meios de comunicação que operam no formato eletrônico, independentemente da tecnologia empregada.

Vamos agora analisar, separadamente, cada um dos serviços chamados de TV por Assinatura. Começemos pelo Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite – DTH, que é a TV por Assinatura por satélite. O DTH possui mais de 2 milhões de assinantes, representando 33,7% do mercado de TV por Assinatura¹⁰⁸.

O DTH teve como primeiro instrumento de regulação a Norma Geral de Telecomunicações - NGT n.º 5, aprovada pela Portaria n.º 230 de 01 de outubro de 1991, expedida pela Secretaria Nacional de Comunicações do Ministério da Infra-Estrutura. Era uma norma bastante aberta, que permitiu o gradual investimento e o desenvolvimento do serviço. O item 5.2 dessa norma dispunha que era automática a permissão para exploração ou execução, através de meios já autorizados, “de distribuição de programas de sons e de sons e imagens e de qualquer serviço de caráter unidirecional (recepção apenas) de telecomunicações via satélite¹⁰⁹”. As autorizações de DTH, ainda hoje, na prática, são expedidas a quem está devidamente habilitado em termos jurídicos e técnicos, e que preencha as condições administrativas objetivas¹¹⁰.

¹⁰⁸ Disponível em: www.anatel.gov.br. Acesso em 10.10.2008.

¹⁰⁹ Estes serviços existiam sob a égide do Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT, aprovado pela Lei n.º 4.117/62.

¹¹⁰ As condições administrativas objetivas são reconhecidas por atos administrativos vinculados, que são aqueles que absorvem, “quase por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa”. Ver Meireles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 147.

A definição corrente do DTH contida na Norma n.º 8/97, de 21 de maio de 1995, Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH), e está exposto nos seguintes termos:

2.1 O Serviço DTH é uma das modalidades de Serviços Especiais¹¹¹ regulamentados pelo Decreto n.º 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.

Resta claro que a distribuição de conteúdo eletrônico é inerente ao próprio serviço de DTH. Não obstante ser uma definição um tanto vaga, é inquestionável a legalidade de o serviço veicular conteúdo eletrônico. Vale notar que, no DTH, também não há qualquer restrição ao capital estrangeiro. O DTH sugiu ainda na época do Código Brasileiro de Telecomunicações - CBT e hoje se encontra sujeito à Lei Geral de Telecomunicações - LGT, e nenhuma dessas leis impõe restrição nesse sentido. Há, no entanto, algum tipo de proteção, como dispõe aquela disposta no item 4 da Norma 008/97, que preceitua que “a permissionária deverá manter, em território nacional, um centro de monitoração da programação, onde sejam recebidos e monitorados todos os canais oferecidos aos assinantes do serviço”.

As características técnicas do DTH podem ser consideradas semelhantes às da TV a Cabo, salvo que não há obrigações de *must carry* de canais locais, até pelo caráter nacional do DTH, nem obrigatoriedade de transporte dos canais do Legislativo, do Judiciário, etc.

¹¹¹ Uma das classificações de serviços do Código Brasileiro das Telecomunicações - CBT.

Passemos agora ao Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal – MMDS. Este serviço ficou bastante tempo prejudicado em face da impossibilidade tecnológica de comportar uma maior quantidade de canais, a exemplo do DTH e da TV a Cabo. O número de assinantes do serviço é hoje de apenas 382 mil, ocupando somente pouco mais de 6% do mercado¹¹². O potencial de crescimento, porém, é enorme, eis que já se torna concreta a possibilidade de digitalização do MMDS, o que é bom para o ambiente competitivo.

O MMDS é regulado pela Norma nº 2/94 - REV/97. Esta norma é anterior à LGT, mas foi devidamente recepcionada por seu arcabouço jurídico. A regulamentação do MMDS, apesar de anteceder a Lei de TV a Cabo por cerca de dois anos, soa muito mais moderna e condizente com os novos tempos, já que prescreve bem menos amarras para os serviços em comparação à Lei do Cabo.

O MMDS é definido na Norma nº 002/94 - REV/97 como uma das modalidades de Serviços Especiais¹¹³, regulamentados pelo Decreto no 2.196, de 8 de abril de 1997, que se utiliza de faixa de microondas para transmitir sinais, que serão recebidos em pontos determinados dentro da área de prestação do serviço.

Notamos que esta definição, assim como aquela do DTH, apresenta elevado grau de vagueza. Por ela, podemos perceber que o MMDS constitui uma versão *wireless* da TV a Cabo, que utiliza meios físicos. Oportuno notarmos que o item 2.2.1 da Norma em comento estabelece que “os sinais a serem transmitidos poderão estar associados a qualquer forma de

¹¹² Disponível em: <http://www.teleco.com.br/rtv.asp> . Acesso em 10.10.2008.

¹¹³ Classificação de serviço segundo o CBT.

telecomunicação tecnicamente disponível”. Tal dispositivo parece antecipar-se um certo tipo de convergência tecnológica.

Ou seja, o MMDS previa, desde o começo, que sinais distintos do de vídeo poderiam ser transmitidos como parte do serviço, como estabelecido no item 9.1.2 da Norma nº 002/94 - REV/97¹¹⁴. É possível concluir que o MMDS pode, como MMDS mesmo, sem precisar lançar mão do conceito de serviço de valor adicionado, fazer distribuição de dados e de sinais de vídeo e áudio, ou seja, de conteúdo eletrônico. Ademais, oportuno salientarmos que ao serviço de MMDS também não é imposta qualquer restrição ao capital estrangeiro e que o serviço não tem e nem poderia ter, já que é constituído por uma capacidade limitada de canais, obrigações de transporte de programas ou canais, como no caso do *must carry* da TV a Cabo.

Passemos, finalmente, a analisar o terceiro Serviço de Comunicação Eletrônica de Massa, a TV a Cabo. O mercado de TV a Cabo foi o primeiro a se desenvolver no Brasil, advindo do antigo Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão- DISTVs. No mercado de TV por Assinatura, a TV a Cabo engloba quase 60% do número de assinantes¹¹⁵, alcançando a marca de 3,650 milhões de usuários do serviço¹¹⁶.

A Lei de TV a Cabo define, em seu art. 2º este serviço como o “serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes,

¹¹⁴ O item 9.1.2 dispõe que “no caso de distribuição de sinais de televisão, os sinais deverão ter a portadora de vídeo modulada em amplitude e a portadora de áudio modulada em frequência, com emissão do tipo 5M45C3F e 550KF3E, respectivamente. Outros tipos de modulação poderão ser utilizados desde que submetidos e aprovados pelo Ministério das Comunicações”.

¹¹⁵ Cordeiro, Letícia (org.). Atas Brasileiro de Telecomunicações. São Paulo: Ipsi, 2008, p. 149.

¹¹⁶ Disponível em: <http://www.teleco.com.br/rtv.asp>. Acesso em 10.10.2008.

mediante transporte por meios físicos”. O parágrafo único deste mesmo artigo estabelece que “incluem-se neste serviço a interação necessária à escolha de programação e outras aplicações pertinentes ao serviço”. Ou seja, há um reconhecimento bastante claro de que o conteúdo eletrônico é inerente ao serviço de TV a Cabo.

O que põe a salvo a definição da TV a Cabo de um enorme vazio jurídico e regulatório, dando-lhe um contexto, é a redação do art. 1º da Lei deste serviço, quando estatui que o serviço “obedecerá aos preceitos da legislação de telecomunicações em vigor, aos desta Lei e aos regulamentos baixados pelo Poder Executivo”. Ou seja, ainda que a definição diga pouco, ou mesmo quase nada, o serviço está sujeito aos demais preceitos da Lei. Seria razoável entender que uma distribuição de sinais de vídeo a pessoas, ainda que assinantes, sem que os meios físicos usem ou cruzem propriedade pública, como ruas, praças, logradouros, etc., não constitui TV a Cabo, sujeita à concessão. Ou que independesse de algum tipo de autorização prévia. Há um paralelo interessante com o uso da radiofrequência por meio de equipamento de radiação restrita¹¹⁷.

Pela sua história, e pelo espírito da Lei, pode-se dizer que o serviço de TV a Cabo atende aos seguintes balizamentos¹¹⁸:

¹¹⁷ A LGT dispõe que: Art. 163. O uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da Agência, mediante autorização, nos termos da regulamentação. § 1º Autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares. § 2º Independência de outorga: I - o uso de radiofrequência por meio de equipamentos de radiação restrita definidos pela Agência;

¹¹⁸ Deixamos claro que esta relação de características da TV a Cabo, assim como aquelas da radiodifusão enumeradas acima, não constam prontas de nenhuma legislação, mas foram hauridas do exame pormenorizado do arcabouço legal e regulatório das telecomunicações, representando a visão deste autor.

- (i) a TV a Cabo é um serviço ponto-multiponto;
- (ii) um equipamento essencial para recepção do serviço (*set top box*) não é disponível no varejo;
- (iii) o assinante tem que usufruir do serviço no local indicado na assinatura;
- (iv) a remuneração da concessionária advém de assinatura e de anúncios comerciais;
- (v) não há limitação à quantidade ou tempo de anúncios comerciais;
- (vi) a TV a Cabo é um serviço largamente unidirecional, no qual se inclui “a interação necessária à escolha de programação e outras aplicações pertinentes ao serviço, cujas condições serão definidas por regulamento do Poder Executivo”.
- (vii) o conteúdo do serviço é definido e de responsabilidade do concessionário, exceto quanto aos canais de transmissão obrigatória (p. ex., os de *must carry*);
- (viii) o serviço é entregue ao assinante por meios físicos (cabos, fibras ópticas);
- (ix) é necessário um contrato para se ter acesso ao serviço;
- (x) há uma grade de programação (normalmente provida mensalmente);

(xi) mesmo em programas tipo *pay per view*, o assinante tem que esperar a hora de transmissão do programa para assisti-lo (ou seja, o usuário não assiste à programação na hora que quer, mas apenas na hora em que ela é disponibilizada pela concessionária de TV a Cabo);

(x) todos os programas são disseminados simultaneamente, e estão disponíveis, em todos os *set top boxes*, a quem os assinar;

(xi) a concessionária sabe onde o serviço está sendo provido (ela conhece o assinante, que fornece, inclusive, o endereço de instalação);

(xii) a concessionária pode habilitar ou desabilitar remotamente um terminal de acesso (*set top box*);

Como é fácil constatar, a mera listagem das características da TV a Cabo servem para diferenciar de maneira bastante clara a TV a Cabo da radiodifusão, o que mostra, mais uma vez, que a convergência tecnológica não é capaz de fundir todos os serviços. Além do aspecto tecnológico, os serviços ainda podem se diferenciar por sua finalidade, forma, meio de transmissão. A forma de transmissão de telecomunicação, por exemplo, pode decorrer de características particulares de transdução, transmissão, de apresentação da informação ou da combinação destas¹¹⁹.

Passemos de agora em diante a analisar o último meio de comunicação cujo conteúdo eletrônico constitui parte inerente à prestação do próprio serviço: a Internet. A Internet,

¹¹⁹ É o que dispõe o parágrafo único do art. 69 da Lei Geral de Telecomunicações.

ou rede mundial de computadores, como também é conhecida, constitui um meio de comunicação eletrônica de massa, que permite a busca e *download* de informação e a interlocução entre aquelas pessoas a ela conectadas e que geralmente se dispõem a pagar pelo acesso¹²⁰. A Internet não possui uma administração centralizada, mas constitui um esforço comum de inúmeras organizações, governos e empresas privadas para sua operacionalização. Atualmente, ainda não existe uma regulação internacional ou mesmo nacional para a Internet¹²¹. Isso também vale para as condições ou pressupostos para que as redes operem, bem como com relação ao conteúdo a ser transmitido.

A competência regulatória da Anatel em relação à Internet é restrita à possibilidade de obrigar que prestadores de serviços de telecomunicações, como os citados acima, realizem a interconexão de suas infra-estruturas para evitar a interrupção do tráfego de informações por meio da rede. Não cabe, entretanto, à Agência, regular qualquer matéria referente ao conteúdo disponibilizado na rede¹²². O Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, instituído pela Portaria Interministerial n.º 147, de 31 de maio de 1995, do Ministério das Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia - MCT, foi criado a partir da necessidade de coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços Internet no país, com o objetivo de assegurar qualidade e eficiência dos serviços ofertados, a ampla, justa e livre competição entre provedores e garantir a manutenção de padrões adequados de conduta de usuários e provedores.

¹²⁰ Este conceito de Internet foi construído a partir de um amálgama de entendimentos contidos na Parte 1 do livro *Who Controls the Internet?* Illusions of a Borderless World. New York: Oxford University Press, 2006, p. 13-46.

¹²¹ Pereira, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade nos Meios de Comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 79.

¹²² É o que se pode depreender da leitura dos arts. 61 e 62 da Lei Geral de Telecomunicações.

Estabelece a referida Portaria, em seu artigo primeiro, as funções específicas do Comitê Gestor da Internet, entre as quais não consta a de regular o conteúdo da Internet¹²³.

Dessa forma, é-nos forçoso reconhecer que tanto a Anatel quanto o Comitê Gestor da Internet no Brasil não possuem competência para exercer qualquer tipo de controle sobre o conteúdo veiculado pela Internet, nem regulamentá-lo, restando-lhes apenas as funções acima enumeradas, de ordem meramente organizacional da prestação do serviço no país.

Ora, não havendo competência regulatória no país, ou seja, se inexistente uma organização racional de um sistema de produção de regulação, concentrado em um ou alguns órgãos da administração federal ou estadual, então caberá às leis esparsas, fora, portanto, de uma estruturação sistemática da atividade regulatória, o tratamento da questão no Brasil. Ou mesmo no que José Ascensão chama de uma gestão coletiva forçosa, situação em que se encontram, por exemplo, os autores que não conseguem conceder todas as autorizações necessárias para o uso de sua obra e cuja titularidade de concessão cai nas mãos de entidades coletivas¹²⁴.

Segundo explica Marçal Justen Filho, neste caso em particular, a produção da regulação no Brasil é uma atividade secundária para a realização dos fins do Estado.¹²⁵ Diante disso, a Internet, como meio de comunicação social eletrônica, constitui serviço de valor adicionado, vez que assim a enquadra a regulamentação da Anatel, à luz da LGT. Apesar de isso ser razoável, e de ser improvável que a Anatel altere essa política, pelo menos no curto prazo, não é impossível que, em vista de dramáticos desenvolvimentos da Internet e da tecnologia IP ou

¹²³ Disponível em: <http://www.cgi.br/sobre-cg/index.htm> . Acesso em 31.08.2008.

¹²⁴ Ascensão, José de Oliveira. Direito da Internet e Sociedade da Informação. São Paulo: Forense, 2002, p. 286.

¹²⁵ Justen Filho, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética. 2002. p. 41.

mesmo injunções de ordem política, a classificação de Internet como serviço de valor adicionado seja alterada, passando a ser um tipo de serviço de telecomunicação propriamente dito.

Não obstante o fato de a Internet possuir mais de 40 milhões de usuários no Brasil o número de assinantes propriamente do serviço em banda larga é bastante reduzido, ficando em cerca de 9 milhões¹²⁶. Por incrível que pareça, a densidade banda larga por grupo de 100.000 habitantes no Brasil, de cerca de 4,06, é menor que a da China, que fica em torno de 5,05¹²⁷.

Como fizemos com os outros serviços acima, procuraremos agora apontar algumas particularidades da Internet, e que fazem da rede mundial uma mídia única, destacando-se, dentre outras, aquelas apontadas no caso *Janet Reno vs American Civil Liberties Union – ACLU*¹²⁸ e no *paper* sobre a Internet de Joseph Farrel e Philip Weiser¹²⁹:

(i) a primeira característica diz respeito à facilidade que se tem para acessar o sistema de Internet, tanto do ponto de vista do usuário, sem intuito de lucro, como do ponto de vista daquele que explora a Internet comercialmente. Isto é, existem poucas restrições ou barreiras que limitam física ou tecnologicamente a exploração do ciberespaço por qualquer pessoa que seja.

(ii) em segundo lugar, há uma espécie de identidade de barreiras que se colocam tanto para aqueles que mandam, como para aqueles que recebem informações na rede. Ou seja, com a

¹²⁶ Disponível em: <http://www.teleco.com.br/blarga.asp>. Acesso em 10.10.2008.

¹²⁷ Disponível em: <http://www.teleco.com.br/pais/bric.asp>. Acesso em 11.10.2008.

¹²⁸ Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997).

¹²⁹ Farrell, Joseph; Weiser Philip. Modularity, Vertical Integration and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age. Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 17, n.º 1, Fall 2003, p. 86-134.

mesma facilidade com que uma pessoa pode enviar material com determinado conteúdo através da rede, o receptor poderá ter acesso a essa mesma informação.

(iii) como terceira qualidade inerente à rede, tem-se que, devido à imensa facilidade com que pessoas expõem, enviam, buscam e recebem informações por meio da Internet, existe uma quantidade diversificada e incomensurável de conteúdo disponível na Internet.

(iv) por último, a Internet disponibiliza acesso significativo à quase totalidade daqueles que desejam se utilizar de seus serviços, criando, ainda, uma relativa paridade entre todos os usuários.

Com isso, constatamos que as diferenças da Internet em relação a outras mídias geralmente torna a aplicabilidade direta ou indireta das restrições ou regulamentos dessas mídias à Internet tarefa extremamente difícil, senão impossível, de ser implementada. Várias tentativas de regulação da Internet, incluindo o âmbito legislativo, têm se mostrado ineficientes para os fins a que se propõem, atentando comumente contra os valores e preceitos da liberdade de expressão e do direito de acesso à informação¹³⁰.

2.3 - Serviços de Telecomunicações cujo conteúdo eletrônico não é inerente ao serviço

Neste item trataremos de dois serviços cujo objeto primeiro não detém, necessariamente, relação com qualquer atividade direta da comunicação social eletrônica. O

¹³⁰ Sparrow, Andrew. *The Law of Internet & Mobile Communications. The EU and US Contrasted*. Malta: Gutenberg Press, 2004, p. 36.

primeiro deles é o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM. Este serviço pode ser considerado idiossincrático e, em certa proporção, até mesmo visionário, visto que antecipou de certa forma o cenário de convergência tecnológica. Ainda assim o SCM pode eventualmente, distribuir conteúdo eletrônico diretamente a seus usuários. O primeiro critério regulatório verificador da possibilidade de veiculação de conteúdo eletrônico por meio de qualquer serviço de telecomunicações ou de valor adicionado é nada mais que a própria definição desse serviço. O mesmo ocorre para o SCM.

O art. 3º, da Resolução n.º 272/2001, define o SCM como “serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão ou recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação do serviço”. O objetivo primeiro, como se nota, é portanto, a oferta de capacidade de transmissão para terceiros. No § 1º desse art., o regulamento distingue expressamente o SCM do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, do serviço de TV a Cabo, do serviço de distribuição de sinais multiponto multicanal – MMDS e do serviço de distribuição de sinais de televisão de áudio por assinatura via satélite – DTH.

Por meio do desmembramento deste conceito, é possível visualizar que no SCM a expressão “oferta de capacidade de transmissão, recepção ou de informações multimídia” permite aos prestadores de SCM a veiculação de conteúdo eletrônico. Isso porque ofertar capacidade é permitido a qualquer prestadora, desde que tal oferta não constitua ou se caracterize como qualquer um dos serviços apontados no parágrafo anterior.

Ademais, consoante se verá logo mais à frente, o Regulamento do SCM prevê expressamente, em seu art. 67, que veiculação de conteúdo é possível. Nesse sentido, é evidente que uma interpretação sistemática dos textos legal e regulatório nos conduz para uma situação de plena legalidade na oferta de conteúdo por meio de prestadoras de SCM. Com relação ao teor do conteúdo eletrônico, a expressão “informação multimídia” é definida no próprio regulamento do SCM, no art. 4º, inciso I, como sinais de áudio, vídeo, voz e outros sons, imagens, textos e outras informações de qualquer natureza. Ora, a nosso ver, inexistem outras modalidades de conteúdo que não as descritas neste inciso.

Mais ainda, pela sua própria definição, o SCM, que possibilita a oferta de conteúdo, ou seja, da capacidade de transmissão, emissão ou recepção de informações multimídia, pode valer-se de qualquer meio para a consecução desse fim.

Ou seja, a priori, não há vias tecnológicas que não sejam permitidas, desde que, mais uma vez, a prestação do serviço não se confunda com a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, do serviço de TV a Cabo, do serviço de distribuição de sinais multiponto multicanal – MMDS e do serviço de distribuição de sinais de televisão de áudio por assinatura via satélite – DTH.

A súmula Nº 6/2002, editada pela Anatel, precisou essa diferenciação ao estabelecer que “na prestação do SCM não é permitida a transmissão, emissão ou recepção de informações de qualquer natureza que possam configurar prestação de serviços de radiodifusão ou de serviços de TV a Cabo ou DTH ou MMDS, assim como o fornecimento de sinais de vídeo e áudio de forma irrestrita e simultânea, para assinantes”.

Os termos “irrestrita” e “simultânea” referem-se à radiodifusão e aos serviços de comunicação de massa por assinatura e visam cingir as formas de prestação de serviço do SCM¹³¹.

Podemos perceber, portanto, que o SCM, dentro das limitações legais e regulatórias impostas pelo atual modelo, pode sim, ofertar conteúdo eletrônico a seus usuários e assinantes, desde que tal oferta não seja feita de forma irrestrita ou simultânea ou que esta se confunda com a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, do serviço de TV a cabo, do serviço de distribuição de sinais multiponto multicanal – MMDS e do serviço de distribuição de sinais de televisão de áudio por assinatura via satélite – DTH.

O segundo serviço cujo objeto primeiro não detém, necessariamente, relação com qualquer atividade direta da comunicação social eletrônica é o Serviço Móvel Pessoal – SMP, o serviço celular. O art. 4º do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP, aprovado pela Resolução n.º 316, de 27.9.2002, define o SMP como o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, observado o disposto neste regulamento. Diante dessa definição, os radiodifusores alegam que as prestadoras de SMP não poderiam distribuir, por si próprias, conteúdo eletrônico.

¹³¹ As transmissões da radiodifusão são para recepção sem qualquer restrição por parte do público, em contraposição aos casos em que tem que haver contrato e pagamento para recepção da programação, como no caso do MMDS, TV a Cabo e DTH. Os serviços de comunicação de massa, em geral, têm a característica de ter a transmissão de sua programação realizada de forma simultânea, ficando disponível a todos, telespectadores e assinantes.

Vamos essa possibilidade. De início, pela definição do SMP, percebemos que o serviço se caracteriza por uma comunicação, que, de acordo com glossário da Coleção Normativa de Telecomunicações, elaborado pela própria Anatel, define comunicação como a transferência unilateral ou bilateral de informação por meio de sinais convencionados. Essa comunicação, no SMP deverá ocorrer sempre entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações. Ou seja, não existe qualquer restrição na definição do SMP que possa, de alguma forma respaldar a tese da impossibilidade de oferecimento de conteúdo por meio desse serviço. O oferecimento de conteúdo está contido dentro do conceito de comunicação. Caso a comunicação seja feita de acordo com as normas previstas dentro do SMP, não há que se falar em restrição da veiculação desse conteúdo, inclusive como serviços de valor adicionado.

Assim é que, pela definição e pelo conceito do serviço, e pelos princípios da legalidade, liberdade de iniciativa, liberdade econômica, liberdade de expressão, etc., e em razão da inexistência de qualquer impedimento constitucional, legal ou regulatório, é perfeitamente possível a oferta de conteúdo para usuários de SMP.

CAPÍTULO III - A REGULAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA

3.1 - Origens e causas da regulação sobre a comunicação social eletrônica

3.1.1 – Considerações iniciais

Antes de iniciarmos este capítulo é oportuno rememorarmos alguns pontos discutidos até o momento, de modo a facilitar a fluência interpretativa e acurar o senso didático do presente estudo.

No início deste trabalho mostramos como os novos meios tecnológicos de comunicação eletrônica estão revolucionando as relações humanas e transformando a sociedade da informação. Abordamos também a questão da necessidade de ação do Estado como agente regulador, no sentido de atuar como catalisador do fenômeno da convergência tecnológica mediante a atualização e edição de regulação apropriada para o setor, bem como garantir as bases estáveis para a competição, tendo em vista o interesse público e as razões de justiça expostas.

Por último, tratamos distintamente de cada serviço de telecomunicações que se relaciona, direta ou indiretamente, com as atividades de produção, programação ou distribuição de conteúdo eletrônico, ou seja, de comunicação social eletrônica. O objetivo foi evidenciar que suas atuais definições legais não mais os distinguem, de forma cabal e discernível, uns dos outros e permitem interpretação extensiva que torna possível, por meio deles a prestação de serviços audiovisuais de comunicação social eletrônica.

Diante desse cenário, que decorre da sociedade em rede¹³², em vários países a sociedade, por meio do Estado e respectivos órgãos reguladores, tem reagido e apresentado soluções que possam lidar adequadamente com a questão. O debate sobre a intervenção estatal no domínio econômico deve passar pela a separação sugerida por Bernard Chenot, que concluiu que essa intervenção se manifesta em duas formas distintas¹³³. A primeira delas consiste na intervenção na forma normativa apenas, com a edição de normas regulamentares e que proveio da expansão da noção de poder de polícia para o exercício de fins sociais e econômicos. A segunda provém da criação de instituições por meio das quais é o próprio Estado que atua direta ou indiretamente no campo econômico.

A intervenção estatal no setor de comunicação social eletrônica teve origem, na Europa, tanto na forma normativa como nas formas direta e indireta mencionadas acima. O exemplo mais notório é o da *British Broadcasting Company* – BBC, maior rede de TV do Reino Unido, criada inicialmente como empreendimento privado e que foi tornada empresa pública em 1926¹³⁴. A BBC teve início como empresa privada, mas já em 1926 foi reconstituída como empresa pública¹³⁵. O caso da BBC¹³⁶ é fundamental para apreendermos a noção de como tende a

¹³² Cardoso, Gustavo. *A Mídia na Sociedade em Rede*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007, p.39.

¹³³ Chenot, Bernard. *Organisation Économique de l'État*. Paris: Librairie Dalloz, 1965, p. 62.

¹³⁴ Gibbons, Thomas. *Regulating the Media*. London: Sweet & Maxwell Publishing Co., 1998, p. 243.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 245.

¹³⁶ De acordo com a Royal Charter for the Continuance of the British Broadcasting Corporation de 2006, a noção de princípios de serviço público e excelência da programação para a BBC têm sido aperfeiçoados por meio de Royal Charters no Reino Unido desde a década de 20 do século passado, o que empresta à essa rede de TV uma boa reputação e imagem junto à mídia e ao telespectador inglês. A programação é feita comercialmente sob a supervisão de órgãos reguladores e não pelos órgãos públicos diretamente. Mesmo assim, estes órgãos públicos devem submeter um *Report* anual ao Parlamento Inglês para responder quaisquer acusações ou insinuações de favorecimento político. A relação entre a BBC e os programadores é estritamente uma relação privada contratante – contratado. Os membros do BBC Trust e da sua Diretoria Executiva devem atuar sempre de maneira separada e manter suas autonomias. Os membros do Trust são os responsáveis e os guardiães das receitas e taxas da BBC e a Diretoria Executiva é responsável pela programação, de acordo com o art. 22 do Royal Charter. Os membros do Trust não são necessariamente apontados pelo Poder Executivo. O presidente da Diretoria Executiva é escolhido pelo Trust, mas o restante de seus membros é escolhido pela própria Diretoria Executiva, como dispõe o art. 30 do

atuar os Estados europeus e a União Européia como um todo em relação aos meios de comunicação social eletrônica.

O modelo americano, ao contrário, tendeu sempre a ser mais liberal, ou seja, menos intrusivo no que tange à mídia eletrônica. De fato, no que se refere à natureza do conteúdo eletrônico distribuído, o sistema estadunidense ampara-se mormente no equilíbrio do binômio liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação, contendo, é claro pesadas sanções em caso de descumprimento dos preceitos mínimos estabelecidos. Já no que se refere à intervenção no mercado de comunicação social, os Estados Unidos também se mantêm mais afastados, não obstante ainda com algum nível de intervenção. Nos itens seguintes deste capítulo aprofundaremos estes assuntos.

As raízes da regulação sobre os serviços que envolvem atividades relacionadas ao conteúdo eletrônico remontam, em primeiro lugar, às teses que justificam a regulação do estado em razão da escassez do espectro radioelétrico¹³⁷. Como grande parte dos serviços relacionados ao conteúdo eletrônico utiliza parcela desse espectro, é necessário, então, que sobre ele haja uma regulação ou um ordenamento mínimo. Importante ressaltar que esta razão não pode nem deve ser confundida com aquela que justifica, de maneira equivocada, o controle do espectro radioelétrico porque o Estado teria o direito natural às ondas eletromagnéticas; e desse direito decorreria a possibilidade de locá-lo a outrem. A nosso ver, é muito mais acertada a teoria que

Royal Charter. Cerca de 75% das receitas da BBC, orçadas anualmente em mais de 4 bilhões de libras, provêm de taxas colhidas diretamente dos usuários, o que ocorre quando da compra dos aparelhos receptores, por exemplo, sendo o restante resultado de receitas de propaganda, assinaturas de pacotes de TV por assinatura em vários países etc.

¹³⁷ Benjamin, Stuart Minor et al.. Telecommunications Law and Policy. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2006, p. 30.

justifica o direito de o Estado gerir o espectro em razão de sua escassez e não a teoria que defende ser o próprio Estado seu único proprietário.

A segunda razão técnica fundamental, que torna razoável a gestão do uso do espectro pelo Estado, e talvez a principal, é a possibilidade constante de interferências nos sinais das ondas eletromagnéticas¹³⁸. A questão da interferência impõe grandes dificuldades e a necessidade de regulação, nesse caso, é mais palpável. As dificuldades técnicas advêm da complexidade e quantidade das variáveis envolvidas. Uma torre de antena A pode não interferir com uma torre de antena B. Mas se uma nova torre de antena C for instalada, a torre A pode passar a interferir em B, o que não ocorria antes¹³⁹. Estas são as principais razões, as motivações primeiras e técnicas que justificam a intervenção estatal nas atividades que envolvem o conteúdo eletrônico.

As demais razões para a intervenção estatal nos meios de comunicação social eletrônica serão tratadas no próximo item.

3.1.2 Fundamentos da regulação sobre o conteúdo eletrônico

É-nos impossível tratar as origens jurídicas e sociais do controle sobre o conteúdo eletrônico sem considerarmos os argumentos expostos pela Suprema Corte Americana que julgou os casos *Pacific Foundation vs. FCC*¹⁴⁰ e *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*¹⁴¹. O

¹³⁸ Crandall, Robert W.. Competition and Chaos. US Telecommunications since de 1996 Telecom Act. Harrisonbrug: The Brookings Institution, 2005, p. 26.

¹³⁹ Benjamin, Stuart Minor et al.. Telecommunications Law and Policy. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2006, p. 31.

¹⁴⁰ FCC vs. Pacific Foundation, n.º 77-528, United States Supreme Court, 438 U.S., 726, de 3 de julho de 1978.

primeiro tratou da restrição do uso de palavras indecentes no rádio, quando um pai, indignado porque seu filho escutara um termo indecente, ajuizou ação contra a rádio *Pacific Foundation*. A causa, vencida pelo pai da criança, criou jurisprudência que dava competência ao *FCC* para fiscalizar e controlar o teor moral do conteúdo em meios de comunicação eletrônica de massa como TVs e rádios, que foram considerados meios de comunicação invasivos. Este caso criou o precedente sobre o qual os meios de radiodifusão, por serem mais invasivos, devem ser mais regulados.

O segundo caso importante, *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*, foi o que consolidou o uso da chamada *Fairness Doctrine*, de 1949, nas questões de mídia eletrônica nos Estados Unidos. A *Fairness Doctrine* impõe aos radiodifusores, ou seja, às TVs e rádios, duas obrigações básicas: cobertura de controvérsias vitais importantes para a comunidade em que atuam os concessionários e a disponibilização de oportunidades razoáveis para apresentação dos pontos de vista contrários à visão dessa cobertura. Além disso, há direitos específicos de resposta a ataques pessoais, como a publicação no mesmo espaço e do mesmo tamanho da reportagem que causou a ofensa.

Vemos então, que as primeiras razões que motivaram o Estado a controlar de certa forma o conteúdo eletrônico foram feitas no sentido de possibilitar direitos de resposta a ataques injustos e pessoais, impedir a divulgação infrene de termos ou palavras indecentes ou de baixíssimo calão, regular a distribuição de conteúdo impróprio e violento a menores etc. Em seguida, surgiram critérios de restrição à propriedade cruzada entre meios de comunicação eletrônica, como vimos com clareza no item 3.1 acima, que tratou da radiodifusão. Esta espécie

¹⁴¹ *Red Lion vs. FCC*, United States Supreme Court, 395 U.S. 367 (1969).

de restrição se arvora nos pressupostos de intervenção estatal no domínio econômico¹⁴² discutida no item 3.1.1 acima. São intervenções que se auto-justificam pelo discurso de defesa dos direitos dos consumidores, pela defesa da competição justa e livre, pela necessidade da existência de baixas barreiras de entrada no mercado e da vedação de práticas discriminatórias contra empresas menores.

Exemplo desse segundo ponto, a intervenção estatal no domínio econômico dos serviços de comunicação social eletrônica, é o caso da intervenção no serviço de TV a Cabo. Nesse caso específico não há a razão da escassez de espectro radioelétrico nem de interferência de sinais para a justificar uma regulação, já que a comunicação eletrônica, nessa hipótese, utiliza-se meio físico para ser distribuída. A principal interferência no domínio econômico de que tratamos é, no caso brasileiro, da limitação imposta pelo art. 15 da Lei de TV a Cabo, Lei n.º 8.977, de 6 de janeiro de 1995, de limitar o capital de origem estrangeira a 49% do capital social, com direito a voto, numa empresa de TV a Cabo. O motivo, nesse caso, seria a existência de um monopólio natural da TV a Cabo, que viria do alto custo da implementação das redes físicas de telecomunicações.

Finalmente, mas não menos importante, o discurso social progressivamente ganhou vulto no mercado de comunicação social eletrônica, o que tornou cada vez mais imperativa a intervenção estatal no sentido de estabelecer diretrizes sobre qual o melhor tipo de conteúdo para o telespectador, para o usuário ou para o receptor final. A Constituição Federal em seu art. 221, inciso IV, como veremos em detalhes mais à frente, institui inclusive princípios de

¹⁴² Grau, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 58.

respeito a valores éticos e sociais da pessoa e da família, que devem ser seguidos por todos os meios de comunicação social eletrônica.

Diante da pesquisa realizada, podemos distinguir, então, cinco espécies distintas de razões que motivam a regulação das atividades relacionadas à exploração de serviços de comunicação social eletrônica. São elas:

(i) razão técnica: escassez do espectro radioelétrico e possibilidade de interferência de sinais eletromagnéticos;

(ii) razão econômica: intervenção estatal no domínio econômico privado visando desestimular ou coibir abusos em razão de eventual concentração e abuso de poder de mercado e de infrações à ordem econômica em geral;

(iii) razão estratégica: evitar a formação excessiva de canais de informação de origem estrangeira, que poderiam, em última hipótese, exercer considerável influência sobre a opinião pública nacional;

(iv) razão democrática: a necessidade de se garantir a diversidade de meios de comunicação e a pluralidade de fontes jornalísticas, de entretenimento e de educação; e

(v) razão social e moral: proibir a veiculação indiscriminada de conteúdos ofensivos à moral e aos bons costumes, inclusive os prejudiciais às crianças e adolescentes, garantir o direito de resposta etc.

3.2 - Diferenças regionais como política de comunicação

Em vários países existe a imposição de cotas ou percentuais mínimos de conteúdo eletrônico para veiculação em determinados meios de comunicação social. Esse tipo de intervenção pode ser justificado pela imensa diferença de culturas e regimes que, em alguns casos, pode existir dentro de um mesmo Estado.

No Canadá, por exemplo, existe a bipolaridade de idioma pela influência das colonizações inglesa e francesa e as diferenças culturais conseqüentes, que permeiam a sociedade¹⁴³. É ilustrativo destacar que o CRTC – *Conseil de la Radiodiffusion et des Telecommunications Canadiennes* estabeleceu, de acordo com o tipo de obra audiovisual, um sistema de pontuação para cada atividade exercida dentro da comunicação social eletrônica. Cada obra deve atingir uma pontuação mínima para alcançar o critério de enquadramento de conteúdo canadense. De qualquer forma, ao menos ou o diretor ou o cenógrafo devem ser canadenses e, também, ou o ator principal ou o coadjuvante devem ser canadenses. Para determinados tipos de obras audiovisuais, o local de montagem ou de animação deve ser o Canadá.

Outro exemplo nesse sentido é o da Catalunha, que por constituir região autônoma, ter influências culturais bastante diversas da Espanha e falar, além do Espanhol, o Catalão, é objeto de regras diferenciadas no que concerne à regionalização da comunicação eletrônica. Para o estabelecimento dessas regras existe o Conselho Audiovisual da Catalunha –

¹⁴³ Woehrling, José. El Principio de igualdad, al sistema federal canadiense y el carácter diferencial de Quebec. Assimetria federal y Estado Plurinacional. Madrid, Trotta, 1999. pp. 141-196.

CAC, que é um órgão de regulação da atividade audiovisual em toda a Catalunha, independente do Espanhol. O Conselho exerce autoridade sobre os prestadores de serviços de comunicação audiovisual catalães, como o poder de requerer quaisquer informações, de demandar a presença dos prestadores e distribuidores de comunicação audiovisual, de aplicar sanções previstas na legislação, bem como o de inspeção¹⁴⁴.

De qualquer forma, é fato que muitas das restrições impostas aos meios de comunicação social eletrônica, como determinadas cotas de conteúdo eletrônico ou tempo mínimo de transmissão a serem atendidos, por exemplo, podem constituir o reflexo de uma sociedade bastante dividida culturalmente. Tal, porém, não parece ser o caso do Brasil.

3.3 – A regulação da comunicação social eletrônica nos Estados Unidos

Este item tem por objetivo a análise do atual cenário e das tendências que os Estados Unidos têm tomado quanto às questões de controle e regulação sobre o conteúdo eletrônico, tendo como pano de fundo o fenômeno da convergência tecnológica.

Como já dissemos, o controle legal ou regulatório sobre o conteúdo eletrônico a ser distribuído significa, em última análise, o controle sobre o acesso da população a esse conteúdo¹⁴⁵; ou seja, é o Estado quem acabará por deter a discricionariedade seletiva de quais conteúdos podem ou devem ser acessados pela população. Num panorama de convergência tecnológica, o conteúdo é cada vez mais eletrônico e, paradoxalmente, ao mesmo tempo que é

¹⁴⁴ Disponível em: <http://www.cac.cat/web/actuacions/index.jsp>. Acesso em 29.8.2008.

¹⁴⁵ Helberger, Natali. Controlling Access to Content: Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting. Hague: Published by Kluwer Law International, 2005.

mais fácil de ser difundido se torna mais sujeito a controles exercidos pelo Estado. Por essa razão, mercados comuns, Estados nacionais, poderes legislativos e agências reguladoras mobilizam-se para encontrar a melhor solução regulatória para este novo cenário. Nesse ambiente, a pluralidade na oferta de conteúdo é mais importante do que a proteção a determinados mercados.

A cadeia de valor do conteúdo eletrônico é composta basicamente de produção, programação e distribuição desse conteúdo eletrônico. Quando nos referirmos à cadeia de valor do conteúdo eletrônico estaremos nos referindo a estas três atividades. Exercer um controle direto sobre o objeto do conteúdo eletrônico em si difere de regular relações ou grupos econômicos que são atores na produção, programação e distribuição de conteúdo eletrônico. O Brasil, veremos adiante, caminha mais no sentido de exercer um controle direto sobre o tipo de conteúdo a ser produzido, programado e distribuído.

No contexto da convergência tecnológica, as práticas regulatórias adotadas nos mercados mais desenvolvidos têm, como via de regra, princípios de mínima intervenção, de modo a não restringir o desenvolvimento dos novos serviços. A regulamentação aplicável é geralmente limitada à proteção à audiência e implementada com o suporte de auto-regulamentação.

Vamos aos Estados Unidos. Desde o *Blue Book* de 1946, que marcou a primeira tentativa do FCC de regular o conteúdo eletrônico¹⁴⁶, passando pelo *case Pacifica Foundation vs. FCC*, em 1978, o controle que os Estados Unidos vêm exercendo sobre o conteúdo eletrônico é

¹⁴⁶ Creech, Kenneth C.. *Electronic Media Law and Regulation*. Massachusetts: Focal Press Publishing, 2007, p. 173.

muito mais um controle sobre a natureza moral do conteúdo veiculado do que sobre a origem desse conteúdo. Nesse sentido, os EUA regulam fortemente sobre aspectos de violência, indecência do material veiculado, loterias, qualidade e limites da propaganda e questões a estas correlacionadas¹⁴⁷. Dessa forma, podemos assertar que o controle americano é, de fato, exercido sobre os seguintes aspectos do conteúdo eletrônico:

(i) imposição de mecanismos de proteção à audiência – incluindo restrições quanto a ofensas, danos morais e precisão das informações, restrições de programas para faixas de horários específicos, como no Reino Unido; e

(ii) proteção de menores por meio de classificação dos programas e aplicação do V-Chip nos televisores¹⁴⁸, garantia do direito de resposta, que é remanescente da *Fairness Doctrine*¹⁴⁹, limitação do tempo de comerciais e proibição de publicidade de certas indústrias, como na Comunidade Européia.

Os Estados Unidos, diferentemente da União Européia, não regulam o conteúdo eletrônico por meio da imposição de cotas de conteúdo nacional americano ou conteúdo independente americano, mas sim, muitas vezes, por meio do estabelecimento de restrições à participação cruzada nos meios de comunicação. Seguem abaixo algumas dessas regras:

¹⁴⁷ Benjamin, Stuart Minor et al. *Telecommunications Law and Policy*. Durham: Carolina Academic Press, 2006, p. 655.

¹⁴⁸ V-Chip: dispositivo instalado nos aparelhos de televisão capaz de bloquear o recebimento de sinal segundo pré-seleção da categoria de programação.

¹⁴⁹ Zelesny, John D.. *Communications Law, Liberties, Restraints and the Modern Media*. Fresno: Wadsworth Publishing, 1997, p. 425.

(i) Participação cruzada jornal/TV e rádio/TV: proibição de um grupo/indivíduo controlar uma estação de televisão e uma editora de jornal no mesmo mercado ou mais de 6 estações de rádio e duas de televisão no mesmo mercado. O FCC está pretendendo relaxar estas regras, por meio de uma *Notice of Proposed Rule Making* – NPRM, apresentada em 2001¹⁵⁰. As restrições da nova regra variam com o número de participantes do mercado;

(ii) Audiência nacional: aumento do limite máximo da audiência nacional detido por uma operadora de 35% para 45%;

(iii) Regulação entre empresas produtoras e programadores e empresas distribuidoras de conteúdo eletrônico¹⁵¹;

(iv) Fim da restrição de propriedade entre duas emissoras de TV. A restrição aplica-se agora somente quanto à propriedade cruzada entre as quatro maiores redes de TV americanas: ABC, NBC, CBS e FOX.

(v) A restrição de 30% ao capital estrangeiro na TV a Cabo nos EUA foi derrubada pela *Federal Appeals Court* em 2001¹⁵².

¹⁵⁰ Nesta Notice of Proposed Rule Making - NPRM, está disposto pelo FCC que: “*In this proceeding, we seek comment on whether and to what extent we should revise our cross-ownership rule that bars common ownership of a broadcast station and a daily newspaper in the same market*”.

¹⁵¹ De acordo com a Seção n.º 616 do Communications Act de 1934, tal como emendado pelo Telecommunications Act de 1996.

¹⁵² Para maiores informações sobre este tema, ver case Time Warner Entertainment vs. FCC julgado na US District Circuit Court of Appeals, em 2 de março de 2001.

Em síntese, os Estados Unidos concentram seu modelo regulatório de comunicação social eletrônica sobre duas esferas principais e distintas. Primeiro, a fiscalização do conteúdo considerado imoral ou que pode atingir de forma ilícita o receptor desse conteúdo. Depois, pela imposição de alguns instrumentos de restrição à propriedade cruzada nos meios de comunicação social eletrônica, evitando a concentração de poder e o monopólio excessivo da informação.

3.4 - A regulação da comunicação social eletrônica na união européia

3.4.1 – Modelos europeus de relação entre o estado e os meios de comunicação

A atuação estatal dos países europeus sobre o conteúdo eletrônico pode ser dividida em três categorias. A primeira delas contém os países mediterrâneos, como Portugal, Espanha e Grécia¹⁵³. Não obstante o alto nível de intervenção do Estado na economia destes países, a interferência sobre os meios ou sobre o conteúdo eletrônico em si costuma ser menor que em outros países europeus. Ou seja, o conteúdo eletrônico, incluída aí a radiodifusão, não possui um caráter público muito forte, como aquele vigente em países como a França.

O segundo grupo de países europeus é composto pelos países da Escandinávia, Alemanha, Suíça, Áustria e Países Baixos, grupo conhecido pela adoção de um modelo denominado corporativo. Nestes Estados, a cultura do *welfare state* fomentou a criação de grandes subsídios para os meios de comunicação. Na Alemanha, por exemplo, a regulação sobre a radiodifusão pertence a cada *Länder* (estado-membro), que tem o condão de influenciar politicamente estes meios de comunicação conforme seus interesses, e a pluralidade do conteúdo

¹⁵³ Hallin, Daniel; Mancini Paolo. Comparing Media Systems. Three Models of Medias and Politics. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 124.

advém da diversidade política de cada *Länder*¹⁵⁴. De fato, conforme argumenta Katzenstein, a mídia sofre nesses países, mais que o normal, uma certa apropriação da diversidade de interesses e ideologias típicas de estados mais fragmentários, o que é bastante refletido na forma como os *welfare states* atuam para centralizar os meios de comunicação e depois alocá-los para dar voz a cada comunidade em busca do bem comum¹⁵⁵.

Por fim, temos o modelo mais liberal do Atlântico norte, formado por Reino Unido e Irlanda do Norte. Neste modelo vemos a predominância da comunicação comercial sobre outras formas de organização da comunicação e um desenvolvimento precoce da radiodifusão comercial¹⁵⁶. Mas deve-se tomar cuidado para não confundir totalmente o sistema de mídia do Reino Unido com o norte-americano. O sistema britânico possui muito mais influência dos modelos continentais europeus, como o corporativista, não apenas em suas instituições como em seus sistemas de mídia, seja ela eletrônica ou não. Isso fica mais claro quando observamos o poder da radiodifusão pública no Reino Unido, por exemplo.

3.4.2 – Regulação do conteúdo eletrônico na União Européia

Vem a propósito, antes de adentrarmos o teor da regulação da União Européia sobre o conteúdo eletrônico, rascunharmos breve prefácio histórico. Há quatro fases nitidamente distintas desse processo. A primeira dessas fases foi antes das reformas mais recentes, no final da década de 1980, quando o cenário era de monopólio e domínio estatal dos meios de comunicação

¹⁵⁴ Ibidem, p. 152.

¹⁵⁵ Katzenstein, Peter J.. *Small States in World Markets: Industrial Policy in Europe*. Ithaca: Cornell University Press, 1985, p. 47.

¹⁵⁶ Hallin, Daniel & Mancini Paolo. *Comparing Media Systems. Three Models of Medias and Politics*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 246.

social eletrônica e nas telecomunicações de forma geral. Os países europeus, porém, reconhecendo a deficiência do sistema, inclusive em relação ao modelo mais livre americano, propôs medidas para a liberalização do mercado de comunicação eletrônica, implementando a competição do setor¹⁵⁷. Na terceira fase, a União Européia tentou tomar as rédeas da organização da comunicação eletrônica dos Estados-membros. No debate entre harmonização e liberalização que se sucedeu, contudo, os Estados-membros tentaram retomar a iniciativa legislativa sobre o tema – foi a terceira fase¹⁵⁸. Por fim, a quarta e última fase foi a da implantação e consolidação das mudanças, ou seja, a implementação do novo *framework* regulatório, proposto pela União Européia¹⁵⁹.

Duas forças contraditórias - a divergência regulatória de Estados-membros e a convergência forçada em nível europeu - estão moldando o futuro tanto das telecomunicações como do conteúdo eletrônico na União Européia¹⁶⁰. A última versão do *Audiovisual Media Services Directive* de 2007, que abrange os serviços de radiodifusão, os serviços *on demand*, bem como serviços de comunicação comerciais, como TVs por assinatura, trouxe aspectos interessantes ao debate.

Em primeiro lugar, a nova diretiva estabelece que cabe a cada país-membro o estabelecimento das regras domésticas de seu sistema legal no que se refere ao conteúdo

¹⁵⁷ Towards a dynamic European Economy – Green Paper on the Development of a common market for telecommunications services and equipment, COM (87) 290 final (30 de junho de 1987).

¹⁵⁸ Como exemplo dessa fase de reação dos Estados-membros, é ilustrativo ver o caso C-202/88 France vs. Commission [1991] ECR I-1223 e Spain vs. Commission [1992] ECR I-5833.

¹⁵⁹ Nihoul, Paul et al.. EU Electronic Communications Law: Competition and Regulation in the European Telecommunications Market. New York: Oxford University Press, 2004. p. 32-44.

¹⁶⁰ Steinfeld, Charles et al.. Telecommunications in Transition: Policies and Technologies in the European Community. Sage Publications, 2002, p. 47.

eletrônico¹⁶¹. No entanto, há algumas restrições gerais que podemos apontar. Dentre outras determinações, estas são as principais:

(i) A proibição de que um radiodifusor de país-membro transmita com exclusividade um evento considerado de relevância social por aquele país-membro em que atua;

(ii) No caso de haver exclusividade, os países-membros devem assegurar que noticiários curtos em toda a União Européia possam transmitir informações sobre o referido evento relevante socialmente;

(iii) O país-membro deve assegurar que todo conteúdo audiovisual veiculado não prejudique física e mentalmente os menores de idade;

(iv) Os países-membros devem garantir, em sua jurisdição, que os serviços *on demand* promovam, quando praticável e nas condições apropriadas, a veiculação de obras européias.

(v) Os países-membros devem assegurar, quando praticável e nas condições apropriadas, que os radiodifusores europeus transmitam majoritariamente obras européias, excluindo noticiários, programas esportivos e eventos culturais.

¹⁶¹ Eliassen, Kjell; Fromm, Joham. *The Privatization of European Telecommunications*. London: Ashgate Publishing Company, 2007.

(vi) Para os produtores independentes europeus, os países-membro devem reservar, quando praticável e nas condições apropriadas, pelo menos 10% de seu tempo de transmissão, excluindo noticiários, programas esportivos e eventos culturais.

Vemos, portanto, que dentre as proposições dessa diretiva da União Européia estão previstas cotas de conteúdo eletrônico relativas ao conteúdo eletrônico europeu e também à chamada produção independente. A justificativa é a de que as produções americanas dominam o mercado europeu. Vale notarmos que, no ano de 2002 a Europa foi responsável por cerca de 630 produções e os Estados Unidos por 450, mas as obras européias, por alguma razão, não lograram atrair um público maior que as americanas. Ou seja, não obstante o fato de os europeus terem um número de produções em média 40% maior que o dos americanos, o rendimento econômico do cinema europeu representa apenas 1/3 do dos filmes americanos¹⁶². No ano de 2000, o déficit da União Européia no segmento de filmes em relação aos Estados Unidos foi de mais de 8 bilhões de dólares.

O conteúdo eletrônico referente ao setor de radiodifusão, mais especificamente, o setor de televisão, teve aprovada pelo Parlamento Europeu, em 11 de dezembro de 2007, a Directive 2007/65/EC, que trata das ações e provisões legais, regulatórias e administrativas dos Estados-membros nesse setor. Ainda em seus considerandos, a diretiva mencionada considera que serviços de mídia audiovisuais que envolvam de alguma forma atividades relacionadas ao conteúdo eletrônico, são considerados, além de serviços econômicos, também serviços culturais. Tal definição decorre, segundo a própria diretiva, de sua crescente importância no âmbito social e

¹⁶² Impactos Econômicos das Cotas e Desestímulo ao Capital Estrangeiro no Mercado Brasileiro de Televisão por Assinatura. Pezco Pesquisa e Consultoria. São Paulo 25.2.2008.

democrático, de onde provém a liberdade de informação, diversidade de opinião e mídia plural. Mais ainda, a diretiva dispõe que os reflexos indiretos em áreas como educação e cultura permitem que o setor seja regulado pelo Estado¹⁶³. Outra razão para a regulação do conteúdo eletrônico televisivo consiste, conforme a diretiva em comento, no fato de que oferecem significantes oportunidades de trabalho na Comunidade Européia e estimulam o crescimento econômico e o investimento na economia em que se insere.

A União Européia define o serviço de mídia audiovisual como o serviço sob a responsabilidade editorial de um provedor de serviços de mídia e que tenha por fim informar, entreter ou educar o público em geral por meios de comunicação eletrônicos¹⁶⁴. Este serviço de mídia audiovisual abrange os conceitos de serviço de radiodifusão e de conteúdo eletrônico sob demanda. Ou seja, não apenas os conteúdos televisivos, mas também os acessados sob demanda, como conteúdo de celulares, *pay-per-view* de TVs por Assinatura etc., estão incluídos na definição, o que reflete elevado grau de consciência dos efeitos da convergência tecnológica.

Por outro lado, existe em alguns países-membro uma tendência à desregulamentação das restrições à participação cruzada. No Reino Unido, a implementação do *Communication Act of 2003* pela Ofcom manteve algumas regras¹⁶⁵ antigas, mas também estabeleceu alterações no que se refere à participação cruzada e de concentração do setor de comunicação de forma a desregulamentar o setor e atrair investimentos, como por exemplo:

¹⁶³ Diretiva 2007/65/EC da União Européia, de 11 de Dezembro de 2007.

¹⁶⁴ *Article 1*: For the purpose of this Directive: (a) “audiovisual media service” means: — a service as defined by Articles 49 and 50 of the Treaty which is under the editorial responsibility of a media service provider and the principal purpose of which is the provision of programmes in order to inform, entertain or educate, to the general public by electronic communications networks within the meaning of Article 2(a) of Directive 2002/21/EC. Such an audiovisual media service is either a television broadcast as defined in point (e) of this Article or an on-demand audiovisual media service as defined in point (g) of this Article, and/or — audiovisual commercial communication.

¹⁶⁵ Baker, Edwin C. *Media Markets and Democracy*. Cambridge University Press, 2002. p. 59.

- (i) A revogação do antigo limite máximo de 15% de audiência nacional para uma mesma empresa;
- (ii) A limitação cruzada aplicável apenas no caso de controle de estação de radiodifusão e editora de jornal; e
- (iii) A limitação de no mínimo 2 controladores distintos das rádios locais, além das rádios da BBC.

A Comunidade Européia não determina regras ou estabelece diretrizes sobre participação cruzada no setor de comunicação, deixando essa decisão para cada país membro¹⁶⁶. No Reino Unido, até o momento, para qualquer transmissão audiovisual valem as regras de proteção à audiência. Os regimes de cotas de conteúdo para produtores independentes ou de programação específica para promover os interesses nacionais é aplicável apenas aos radiodifusores.

¹⁶⁶ Baker, Edwin C. *Media Markets and Democracy*. Cambridge University Press, 2002. p. 62.

CAPÍTULO IV - A REGULAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA

4.1 - A comunicação social eletrônica brasileira e a Constituição Federal

4.1.1 – História política da comunicação social eletrônica no Brasil

Qualquer alteração no texto constitucional reflete uma determinada capacidade de articulação das forças da sociedade politicamente organizada. A alteração da Carta Magna não se faz sem que haja um motivo a lhe subjazer e as modificações do regramento da comunicação social não são exceções a esse *modus operandi*. Percorrendo brevemente a evolução histórica da regulação do setor, perceberemos a importância da consideração das reais motivações por detrás da consolidação do ordenamento jurídico na tarefa que tem o jurista de revelar o sentido da estrutura axiológica inserta no texto constitucional.

Expondo e entendendo os conflitos de interesses que o texto constitucional deixa latente, estaremos mais aptos a afirmar o sentido das diferenciações conceituais presentes na Carta Magna. Vejamos então como ocorreu essa consolidação de seus primórdios à eclosão dos grandes grupos econômicos e seus efeitos político-jurídicos na comunicação social eletrônica.

Ives Gandra da Silva Martins, em palestra na Universidade de Coimbra, em 1999, coloca-nos que o Capítulo da Comunicação Social na Constituição Federal distingue quatro vertentes bem claras sobre o tema. São elas: a ampla liberdade de imprensa, o dever de a televisão respeitar valores éticos e direcionados à programação cultural, a propriedade de pelo menos 70% do capital social total e votante das empresas de radiodifusão deve ser pertencente a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos e de que no setor da radiodifusão (TV e rádio) é o Estado quem deve conceder direito para que as empresas possam atuar¹⁶⁷.

Depois de grande pressão política, a garantia de que os radiodifusores não teriam a competição estrangeira veio por meio do impedimento, nas empresas do segmento, de participação de capital estrangeiro ou de participação de sócio que seja pessoa jurídica, ainda que totalmente brasileiro ou controlado por brasileiros, conforme preceituava a redação original do artigo 222 da Carta Magna de 1988, como veremos a seguir. Já no artigo 223 da Constituição da República, houve o estabelecimento de um elevado grau de proteção aos radiodifusores contra a não renovação e cancelamento das concessões, permissões e autorizações de TV ou rádio outorgadas pelo Estado. Assim, a não renovação das concessões, permissões e autorizações de radiodifusão depende de aprovação de, no mínimo, 2/5 do Congresso Nacional, em votação nominal, bem como seu eventual cancelamento, que exige, antes de vencido o prazo, decisão judicial. A importância dessa proteção é mais bem visualizada no cotejamento da radiodifusão com os serviços de telecomunicações, nos quais, mesmo as concessões públicas de STFC podem ser cassadas pela própria Anatel sem a necessidade da aprovação do Congresso Nacional.

¹⁶⁷ Cit. por Bitelli, Marcos Alberto Sant'Anna. O Direito da Comunicação e da Comunicação Social. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 84.

A Constituição também criou, em resposta às grupos de pressões de segmentos sociais por um “órgão regulador autônomo para o setor de radiodifusão”, o inócuo Conselho de Comunicação Social¹⁶⁸. Este órgão permaneceu inativo durante quase quinze anos, quando passou a atuar em 2002. Não obstante o objetivo inicial de sua criação, o CCS acabou por representar, ao fim das contas, o próprio setor de radiodifusão, ecoando dentro do Congresso Nacional e para a mídia especializada os interesses desse setor. Portanto, tem-se uma idéia da forte resistência que terá qualquer tentativa séria e idônea de alterar, mesmo minimamente, a ordem constitucional vigente ou, mais ainda, contrapor-se ao modelo de negócios estabelecido para o setor de radiodifusão, ainda que tenha por finalidade a melhoria do regime jurídico da comunicação social eletrônica no Brasil. Para o bem ou para o mal, o setor de radiodifusão exerce historicamente grande poder sobre o Congresso Nacional, bastando lembrar o processo de votação do Código Brasileiro de Comunicações – CBT, que foi aprovado, em 1962, depois de derrubados nada menos que 52 vetos do então presidente da República.

Dessa forma, no período imediato após a ditadura, sendo os riscos de retaliação às TVs não desprezíveis pelo papel de certa cumplicidade que tiveram com o regime militar na visão de muitos autores, os radiodifusores conseguiram introduzir, até com razão, elevadíssimo grau de proteção contra a cassação ou retomada pelo Estado dos canais de rádio e TV¹⁶⁹. Assim, a Constituição de 88 teve vários efeitos:

¹⁶⁸ Segundo o artigo 224 da Constituição da República de 1988, o Conselho de Comunicação Social é órgão auxiliar do Congresso Nacional, mas de caráter meramente consultivo. Tal entidade foi regulamentada por lei em 1991 (Lei n.º 8.389/91), mas somente seria instalado em 2002.

¹⁶⁹ De fato, os radiodifusores, pelo alto poder de penetração que possuem, devem ter meios de defesa mais fortes, de modo que não estejam ao sabor das variações de humor e de ações de eventuais chefes-estado. Basta lembrar o que aconteceu RCTV, maior concessão de radiodifusão na Venezuela que teve sua concessão cassada, em maio de 2007, sob acusações de veicular notícias inverdadeiras sobre o governo do presidente venezuelano.

- (i) isolou e blindou a radiodifusão brasileira contra as empresas de telecomunicações, com muito maior fluxo de caixa;
- (ii) impediu a entrada de capital estrangeiro no setor, e
- (iii) contribuiu decisivamente para congelar a divisão de mercado entre as várias redes.

Por outro lado, e contra a excessiva proteção dada aos radiodifusores, Celso Antônio Bandeira de Mello escreve uma severa crítica jurídica sobre o regime constitucional do sistema de outorga de concessões e permissões de radiodifusão, ao contrastá-lo com o regime de delegação dos demais serviços públicos:

Este dispositivo refere que tanto a permissão quanto a concessão de serviços públicos far-se-ão “sempre através de licitação”. Contudo, entre nós, quando se trata de concessão ou permissão de rádio ou de televisão, tal regra é inteiramente ignorada, seguindo-se, quando muito disfarçadamente, a velha tradição do mero favoritismo. Como se sabe, é grande o número de congressistas que desfruta de tal benesse. Neste setor reina – e não por acaso – autêntico descalabro. A questão é particularmente grave porque, em país de alto contingente de iletrados e no qual a parcela de alfabetizados que lêem, mesmo jornal, é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente informam e, de outro lado, formam, a seu sabor, a opinião pública, de tal sorte que os senhores de tais veículos dispõem de um poder gigantesco. Deveras, como a esmagadora maioria dos brasileiros não acede, ou só muito episódica e restritamente o faz, a outras fontes de informação ou cultura (livros, periódicos, cinema, teatro), as mensagens radiofônicas ou televisivas não encontram resistência alguma; antes, com o perdão da imagem prosaica, penetram “como faca quente em manteiga”. Em suma: nada as rebate; nada obriga o emissor a ajustar-se a concepções do público-alvo, pois estas serão as que se lhes queira inculcar. Dado que as emissões não se chocam com uma base cultural e ideológica medianamente consistente, o que só ocorreria se a população estivesse abeberada e subsidiada por outras fontes de informação ou cultura, as mensagens do rádio e da televisão modelam livremente o pensamento dos brasileiros. (...). Não é de se estranhar a eficiência dos resultados. Trata-se de uma tecnologia do Primeiro Mundo – e muitas vezes com uma qualidade e sofisticação só ali encontráveis - , operando

sobre massas do Terceiro Mundo. O sucesso eleitoral de locutores, comentaristas ou “artistas” de rádio e televisão comprova o envolvente poder destes meios de comunicações. Acresce que, para completar o quadro constrangedor, uma única estação de televisão detém índices de audiência nacional esmagadores, ensejados pelo sistema de cadeias ou repetidoras de imagem. O pior é que não há fundamento para alimentar-se esperanças sérias de saneamento da atual situação. Pelo contrário. O tratamento escandaloso que a Constituição dispensou ao assunto revela que inexistem coragem para enfrentar ou incomodar forças tão poderosas – as maiores existentes no país. Ali se estabelece que a outorga e renovação de concessão, permissão ou autorização para radiodifusão sonora e de sons e imagens competem ao Poder Executivo, mas que o Congresso Nacional apreciará tais atos no mesmo prazo e condições conferidos ao projeto de lei de iniciativa do Presidente, para os quais este haja demandado urgência. A outorga ou renovação só produzirão efeitos após a deliberação do Congresso. Agora, pasme-se: *para não ser renovada concessão ou permissão é necessário deliberação de 2/5 (dois quintos) do Congresso Nacional e por votação nominal!* Contudo, há mais ainda: o cancelamento da concessão ou permissão antes de vencido o prazo (que é de 10 anos para as emissoras de rádio e de 15 anos para as de televisão) só poderá ocorrer por decisão judicial, contrariando, assim, a regra geral que faculta ao concedente extinguir concessões ou permissões de serviço público!¹⁷⁰

Desse quadro exposto, uma conclusão nos é imposta: a configuração das forças políticas e econômicas que são expressas na Constituição Federal de 1988 não podem ser ignoradas pelo intérprete da Carta Magna, sob pena de se realizar uma análise abstrata, desprovida de valor prático e substrato histórico. Ademais, algumas das mesmas forças que atuaram então continuam exercendo influências na futura moldura da comunicação social eletrônica no Brasil.

Não obstante o viés político, o que este trabalho pretende é dar solução a um problema que, conquanto tenha matizes exclusivamente jurídicos, apresenta-se de forma objetiva e concreta, com grandes implicações, conforme a resolução que se propõe. De fato, concluir pelo tratamento jurídico que a presente ordem constitucional dispensa à comunicação social eletrônica

¹⁷⁰ Mello, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 667-668.

é definir a possibilidade de desenvolvimento de um setor da vida econômica nacional do qual toda a sociedade tem se valido e aproveitado, em consonância a um processo de inovação e convergência tecnológica que vem demandando uma nova postura dos operadores do direito, superando-se o tratamento dado aos setores tradicionais da comunicação social.

As constantes mudanças tecnológicas têm o condão de, rapidamente, alterar e desatualizar a realidade, tornando o cenário normativo correspondente à realidade anterior obsoleto. Não foi diferente com o setor de comunicação social, visto que o desenvolvimento de novas tecnologias de transmissão de conteúdo, tais como a convergência digital, resulta em uma verdadeira revolução nos meios de comunicação, o qual tem reflexos na organização da sociedade.

A convergência digital ou tecnológica é o processo pelo qual dados, voz, textos, áudio ou vídeos, podem ser transmitidos por um meio e acessados por outro pelos usuários, suportado pelo aumento da penetração das plataformas digitais, como Internet, celulares de terceira geração e banda larga, dentre outras. Tal evolução tecnológica no modo de transmissão de conteúdo eletrônico é exigência da própria realidade atual de globalização¹⁷¹, caracterizada

¹⁷¹ Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Roland Robertson: (...) é igualmente importante se evitar reducionismo ao operar com as dimensões analíticas do processo de globalização. Até agora, o surgimento do que alguns chamam de sistemas mundiais modernos é discutido em termos políticos ou econômicos. Pretendo ir além desses modelos relativamente simples de “política mundial”, apontando para as dinâmicas interdependentes da cultura global e para a situação problemática do fator cultural em grande parte da atual teoria dos sistemas mundiais. Em especial, quero sustentar que o pluralismo cultural é, em si mesmo, um traço constitutivo da circunstância global contemporânea e, ainda, que as conceituações do sistema mundial, incluindo respostas simbólicas à globalização e as interpretações dela, são, basicamente, fatores importantes na determinação das trajetórias de tal processo. Para aprofundamento neste tema, ver: Robertson, Roland. *Globalization. Social Theory and Global Culture*. New York: Sage Publications, 1992, p. 141.

pela integração das diferentes partes do mundo, não só no tocante à economia e à política, mas também com relação a aspectos sociais, dentre os quais se inclui a cultura¹⁷².

A atual estrutura de demanda de conteúdo eletrônico faz com que a convergência digital seja uma questão chave nas estratégias das empresas que queiram manter-se competitivas, não só no mercado de comunicação social eletrônica, mas também nos demais mercados, visto que os agentes econômicos devem ter conhecimento de informações relativas ao segmento a que pertençam para que possam estar mais bem preparados para a concorrência. Tradicionalmente, o conteúdo eletrônico é distribuído em diferentes formatos, cada um por um meio específico de envio e recebimento, que é chamado de terminal dedicado¹⁷³. Assim ocorre quando um vídeo é oferecido em ondas UHF ou VHF por meio de um aparelho de TV, quando um áudio é oferecido em ondas AM ou FM em um aparelho de rádio, quando um conteúdo *web* é oferecido num computador por meio da Internet ou quando a voz é oferecida em redes de telecomunicações por meio de um telefone.

Já em um cenário de convergência tecnológica, o conteúdo possui formato digital, permitindo a sua transmissão por diversos meios e recebimento em diferentes tipos de terminais. Nesse sentido, um vídeo, um áudio, um texto na *web* e a voz, por exemplo, podem ser disponibilizados pela Internet, banda larga, cabo, rede celular ou linha telefônica para diversos aparelhos de recepção, seja ele um celular, uma TV, um videogame, um computador, dentre outros.

¹⁷² Correia, Luiz Brito. Direito da Comunicação Social, VOL I. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p.11.

¹⁷³ Almeida, André Mendes. Mídia Eletrônica e seu Controle nos EUA e no Brasil. São Paulo: Forense, p. 113.

Cabe destacar, porém, que em face dessas novas tecnologias, os agentes do setor de comunicação precisam investir rapidamente na integração entre as suas plataformas tecnológicas com outras, ou simplesmente disponibilizar o conteúdo que oferecem para outros meios. É nesse sentido que o Grupo OESP Mídia, controlador do jornal Estado de São Paulo e do Jornal da Tarde, criou seu *site* na Internet e que empresas de serviço móvel pessoal (SMP) veiculam conteúdo eletrônico em seus aparelhos.

No cenário atual, diante da cada vez mais iminente e irreversível convergência tecnológica, os radiodifusores vêm com maus olhos a concorrência direta com empresas estrangeiras, com maior fluxo de caixa e atuantes em outros setores, como o da telefonia, o que daria a estas uma razoável vantagem competitiva no mercado de comunicação social eletrônica. A fim de evitar a concretização desse cenário, o subterfúgio protecionista adotado tem sido impedir ou dificultar a entrada dessas empresas em tal mercado, mediante os mais diversos expedientes e buscando supedâneo nas mais variadas teses jurídicas.

Nesse contexto, os radiodifusores buscam conter, mesmo a custos muito altos, a sobreposição de mídias, para impedir que outros prestadores de serviços de comunicação social eletrônica, dentre eles as empresas de telecomunicações, possam tanto produzir, quanto programar, empacotar, prover e veicular conteúdo eletrônico.

Exposto um pouco do contexto político-histórico da comunicação social eletrônica no Brasil e a natureza dos interesses que potencialmente podem contrariar o desenvolvimento do setor, passemos a examinar se o texto constitucional alberga e fomenta essa

atividade que ora surge como um elemento de inovação na economia ou se ele se subsume ao tratamento dispensado aos setores tradicionais da comunicação social.

Com isso, passaremos a abordar a comunicação social eletrônica no seu contexto puramente constitucional, levando em conta o Capítulo V do Título VIII da Constituição Federal, que trata da comunicação social.

4.1.2 – O cenário normativo da comunicação social eletrônica no Brasil

A presença da indústria da comunicação em praticamente todas as esferas da vida social moderna é um dado já incorporado ao senso comum; não há praticamente um só mercado ou atividade que não seja, de algum modo, afetada pelos diversos meios e veículos pelos quais transitam dados de toda espécie.

Ante a inegável influência dos meios de comunicação social na vida da nação, O Constituinte de 1988 resolveu dar ao tema tenha tratamento constitucional. Já dizia José Joaquim Gomes Canotilho, eminente constitucionalista português, que a Constituição é o “estatuto jurídico do político”¹⁷⁴, e, de fato, há poucas manifestações de poder mais notáveis do que aquelas protagonizadas pela indústria da mídia de livre acesso pelo grande público. Diante dessa visão de mundo, a Carta Política não poderia ter se furtado a regulamentar um aspecto tão determinante da vida cultural de um país, de modo que se faz realmente necessário o tratamento dessa forma de manifestação de poder social.

¹⁷⁴ Canotilho, José Joaquim Gomes. In “Direito Constitucional”. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983, p. 32.

Em visão contrária, o juiz Richard Posner, da *Court of Appeals for the Seventh Circuit in Chicago*, entende que questões mais detalhadas não devem constar do texto constitucional, já que quanto mais difícil de se alterar uma lei, mais difícil fica de se governar o fluxo social, político e econômico das atividades privadas¹⁷⁵. Na mesma linha vai Wilhelm Humboldt, que entendia que as atividades humanas mais bem sucedidas são aquelas que mais fielmente traduzem as operações do mundo natural, para dizer que essas atividades estão tanto melhor quanto menos engessadas na letra da lei¹⁷⁶.

Contudo, toda atividade normativa, seja ela de caráter constitucional, legal ou regulamentar, deve se guiar pelas lógicas subjacentes e valores prestigiados vinculados a cada aspecto da realidade que se lhe é posta como objeto. Há de se dar o correto tratamento a cada tema. Enquanto fenômeno social, a comunicação social pode dar origem a uma categoria, a um gênero pelo qual são referidas diferentes formas de inserção da indústria de informação e transmissão de conteúdo no universo de usuários e consumidores.

Assim é que, no texto original da Carta Magna de 1988, o setor de comunicação social foi segmentado em quatro setores: a radiodifusão de sons e de imagens, que a televisão aberta, a radiodifusão sonora, representada pelo rádio, a empresa jornalística, na forma da imprensa escrita, e a comunicação social eletrônica, que abrange os demais meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada. Os dois primeiros setores têm em comum a grande capilaridade na vida social, a possibilidade de disponibilização gratuita de conteúdo ao grande público e, principalmente, a transmissão unidirecional, sem

¹⁷⁵ Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Kluwer Company, 1998, p. 675.

¹⁷⁶ Humboldt, Wilhelm. *Os Limites da Ação do Estado*. Rio de Janeiro: Top Books, 2004, p. 138.

interatividade ou canal de retorno, de conteúdo determinado pelo emissor para recepção direta e livremente pelo público em geral, sem possibilidade de definição do acesso ao conteúdo feito por cada usuário.

Vale lembrar que, especificamente com relação aos setores de radiodifusão tradicional, ou seja, a TV aberta e rádio, estes têm como características: transmissão de conteúdo eletrônico terrestre, por radiofrequências em propagação pelo espaço; simultaneidade da veiculação de conteúdo eletrônico; obrigação de transmissão de certos programas oficiais do Governo; exigência de um número mínimo de horas diárias de distribuição de conteúdo eletrônico; limitação ao tempo destinado à propaganda comercial; propriedade dos meios de transmissão do próprio radiodifusor; e serviço ponto-área, que consiste na comunicação entre um ponto de origem e vários pontos de destino, que constituem uma área.

À época da promulgação da Constituição de 1988, o país só conhecia as redes abertas de televisão, além do rádio e da imprensa escrita; tendo os dois primeiros setores seus serviços acessados gratuitamente pelos seus usuários, sendo a remuneração fruto da veiculação de anúncios publicitários, enquanto que a imprensa escrita, conquanto não seja essa a regra, possa oferecer bens para consumo gratuito, mediante distribuição não remunerada de exemplares.

A franca acessibilidade ao conteúdo veiculado pelas empresas atuantes nesses setores da comunicação social pode ser entendida como fato originador da regulamentação específica desse mercado por parte da Constituição, somado ao fato de que não havia outras possibilidades de difusão de informação e dados que não por meio das redes abertas de televisão, do rádio e da imprensa escrita, de forma que tal concentração dos instrumentos de comunicação

pode ter ensejado uma preocupação de controle patrimonial que hoje podemos considerar excessiva.

Também é importante lembrarmos que, à época da promulgação da Carta Magna de 1988, a ideologia econômica predominante no país ainda reservava grande papel à atuação direta do Estado na economia e vinculava a proteção do mercado nacional à atribuição de benefícios aos capitalistas brasileiros¹⁷⁷.

Assim é que a principal preocupação que surge do texto constitucional originário é o controle da propriedade das empresas tradicionais de comunicação social, o que tem como pressuposto a suposta existência de alguma espécie de identidade de interesses entre o empresário brasileiro do setor de comunicação social e a defesa dos interesses nacionais, como se depreende da leitura da redação original do seu artigo 222, “caput” e parágrafos 1º e 2º:

Art. 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 10 anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual.

¹⁷⁷ A título de didática, é importante citar a redação original do art. 171: “São consideradas: I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do país; II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do caput se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou entidades de direito público interno. § 2º Na aquisição de bens e serviços, o poder público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional”.

§ 1º - É vedada a participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a de partido político e de sociedade cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros.

§ 2º - A participação referida no parágrafo anterior só se efetuará através de capital sem direito a voto e não poderá exceder a 30% do capital social.

É notório que o texto constitucional originário revela um caráter que podemos identificar como intervencionista e nacionalista no que se refere à propriedade dos meios de comunicação social até então conhecidos, criando-se uma reserva de mercado por se acreditar que tal medida protecionista seria, de alguma maneira, benéfica aos interesses nacionais. Ocorre, porém, que as profundas transformações que a Economia, a Política e as tecnologias sofreram na última década do século passado tornaram expostas as fragilidades do modelo adotado e criaram demandas para que fosse alterado.

É de se destacar que o desenvolvimento, na seara econômica, de novos meios de comunicação social eletrônica, tais como o Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, o Serviço Móvel Pessoal - SMP e a Internet, flexibilizou e amenizou um pouco a predominância da tríade televisão aberta, rádio e veículos impressos. Concomitantemente, ficou claro que a intervenção estatal na economia nem sempre é sinônimo de atendimento do interesse público; desfez-se certo maniqueísmo que gravava o texto constitucional no que se referia à possibilidade de atuação de agentes privados na prestação de serviços públicos.

No que toca ao cenário político, com a sustentação de um regime democrático e de plena fruição das liberdades públicas, percebeu-se que a comunicação social não é um tema afeto somente à questão de soberania nacional, mas também um instrumento de exercício da

cidadania, em razão das potencialidades da cultura humana que, de modo algum, têm o condão de abalar as instituições da República¹⁷⁸.

Essa percepção de que, para além de ser uma instituição que figura no plano político, a comunicação social institui um espaço que favorece a troca de bens e serviços, um verdadeiro mercado, afasta a ameaça às estruturas de outras esferas da vida social na hipótese de ampliação dos meios de acesso à informação.

De fato, a comunicação multimídia SCM, a telefonia móvel pessoal SMP e as demais novas formas de comunicação, que têm difusão social e que não se submetem ao regramento do artigo 222 da Constituição da República 1988, de forma alguma representam agressão ao Estado. Ao revés, as amplas possibilidades de comunicação que essas novas tecnologias proporcionam transformaram-se num valioso bem que passou a ser imensamente demandado. Ante a verificação de que as novas indústrias da comunicação, livres de maior influxo de regulação estatal, não prejudicam a consecução do interesse público específico, emendou-se o texto constitucional a fim de se permitir a participação do capital estrangeiro nas empresas atuantes no Brasil¹⁷⁹.

¹⁷⁸ De Carvalho, Grandinetti, Luis Gustavo Castanho. Direito de Informação e Liberdade de Expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55.

¹⁷⁹ Marcos Bitelli indica alguns outros motivos ensejadores da Emenda Constitucional n.º 36: “Fomentada por uma grande crise econômica dos agentes empresariais controladores das principais radiodifusoras e operadoras de televisão a cabo, acompanhada de alguns editores de jornais, o Congresso foi pressionado a votar projeto de emenda constitucional visando a alterar o art. 222 da CF, principalmente para permitir a abertura de capital destas entidades privadas e a entrada de capital estrangeiro na composição acionária, tudo isso como forma de obtenção de financiamento e novos capitais”. Bitelli, Marcos Alberto Sant’Anna. O Direito da Comunicação e da Comunicação Social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 271.

A Emenda Constitucional n.º 36, de 28 de maio de 2002, alterou a redação do *caput* e dos parágrafos 1º e 2º do mencionado artigo 222, bem como inseriu mais três parágrafos ao mencionado artigo, o qual passou a ter a seguinte redação:

Art. 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 princípios 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.

A conseqüência mais saliente do texto da Emenda n.º 36 é a possibilidade jurídica de capitalização das empresas tradicionais de comunicação social sem que fosse afetado

de modo significativo o poder de controle dos conglomerados econômicos. De fato, com a nova redação do parágrafo primeiro do artigo 222, bem como a edição da Lei n.º 10.610, de 20 de dezembro de 2002, as grandes empresas de comunicação de massa trataram de atrair investidores, principalmente estrangeiros, até a proporção de 30% (trinta por cento) de seu capital.

Contudo, seria uma demonstração mais do que explícita de valorização do atraso tecnológico vivenciado por nosso país se, além da abertura de capital das empresas de comunicação tradicionais, não fosse feita referência alguma aos novos meios de comunicação social eletrônica que se estabeleceram no mercado nacional, principalmente com o uso das plataformas de telecomunicações pelos Serviços de Comunicação Multimídia - SCM e Móvel Pessoal - SMP e pelos serviços de valor adicionado como meio de difusão de conteúdo eletrônico sob formas diversas.

Entretanto, nota-se que a redação do parágrafo terceiro, onde se menciona a expressão comunicação social eletrônica, transpassa o debate das novas mídias que surgem em decorrência do desenvolvimento tecnológico e faz com que esses novos serviços ganhem estatuto constitucional, inclusive com previsão de lei específica a lhe regulamentar. Com a inserção desse parágrafo, tem-se o estabelecimento definitivo de uma categoria jurídica diferenciada das atividades de difusão de dados e informação ao público por novos meios eletrônicos que não se caracterizam como radiodifusão, por serem de acesso condicionado.

Ao invés do que ocorreu com os setores clássicos da comunicação social – rádio, televisão e mídia impressa -, os quais já eram bem estabelecidos quando da promulgação da Constituição da República de 1988 e até a revolução tecnológica dos anos 1990, eram

sinônimos de meios de comunicação social e foram assim incorporados, haja vista a redação do caput do artigo 222¹⁸⁰, não se estabeleceu um conceito constitucional inequívoco do que seja “comunicação social eletrônica”.

4.1.3 – O vago conceito normativo de comunicação social na Constituição Federal

Ante a falta de um conceito constitucional expresso de comunicação social eletrônica, cabe ao estudioso do Direito buscar o seu significado adequado, sobretudo para fins de identificação do regime jurídico regente e para a melhor utilização e manuseio prático desse conceito na esfera da regulamentação infra-constitucional.

O estabelecimento do significado de um conceito jurídico não se dá no vazio, como puro exercício de arbitrariedade lingüística; um instituto jurídico tem relações e uma certa operatividade que advém do modo pelo qual se insere no sistema normativo. A definição de um conceito jurídico também advém dos efeitos para os quais o estabelecimento de um campo semântico é relevante. Isso porque toda disposição normativa tem uma finalidade, um sentido, que se estabelece em contraste com outras disposições do sistema jurídico, de modo que, quanto mais acompanhado de outros institutos jurídicos, mais um conceito jurídico robustece em significado. Ou seja, a avaliação do contexto jurídico-conceitual é essencial¹⁸¹.

¹⁸⁰ Como dito, o *caput* refere-se a três setores: rádio, televisão e empresas jornalísticas, sendo estas entendidas como os agentes econômicos atuantes no mercado de mídia impressa.

¹⁸¹ Nesse sentido, a lição de José Afonso da Silva, amparado em Richard Palmer: “Não se tem levado em consideração a importância do *contexto* na interpretação constitucional. A Constituição é um texto que, como qualquer texto, tem seu ser nas palavras, no seu arranjo, que nem sempre exprimem com clareza sua intencionalidade. E a função do intérprete está aí, precisamente: tornar algo que é pouco familiar, distante e obscuro em algo real, próximo e inteligível. O intérprete da Constituição tem que partir da idéia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos. É função da interpretação desvendar o sentido do texto constitucional; a interpretação é, assim, uma maneira pela qual o significado mais profundo do texto é revelado

Tomemos um exemplo: o conceito de “Município” na Constituição Federal. Todos sabemos que este conceito se refere a uma pessoa jurídica de direito público interno, um ente da federação, com autonomia político-administrativa. Tal descrição, porém, não está em lugar algum no texto constitucional; ela é uma construção doutrinária que alcançou certo consenso entre os operadores do direito porque os termos que a compõe também são encontrados, de uma forma ou outra, no texto constitucional: “federação”, “autonomia política e administrativa”; até mesmo conceitos outros, que lhe limitam o alcance da idéia que encerra, servem para precisar seu significado, tal como, no caso, o de “Estado”, “União” ou “Região Metropolitana”.

Estabelecer o significado de uma expressão no texto constitucional não é, pois, a escolha de um conteúdo conforme as preferências ideológicas do intérprete, mas resultado do exame dos valores constitucionais que incidem de maneira mais sensível no regramento de determinada matéria, tendo em vista as finalidades que a ordem republicana institui para si própria. Assim é que, ante a soma de elementos normativos e, por vezes, de fontes extra-normativas, mas incorporados de alguma forma ao sistema jurídico, pode-se estabelecer um conceito de forma criteriosa¹⁸².

para além mesmo do seu conteúdo material. De onde vem esse sentido? Como chegar até ele? Para chegar ao sentido, o intérprete tem que compreender o texto. Tem que penetrar no horizonte do seu significado. Só quando consegue meter-se no círculo mágico do seu horizonte é que o interprete consegue compreender seu significado. Esse é o tal “círculo hermenêutico”, sem o qual o sentido do texto não pode emergir.” Ver: Silva, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 16.

¹⁸² Novamente, no esteio das lições de José Afonso da Silva: “A hermenêutica contextual refere-se à exploração da influência do contexto sobre o sentido da Constituição e, reciprocamente, desta sobre o conteúdo em que ela se situa. É pela hermenêutica contextual que se descobre que duas passagens semelhantes, dentro da mesma Constituição, podem ter sentidos diversos, consoante o lugar que ocupam relativamente ao todo. Aqui se tem que o contexto intrínseco (ou contexto interno) é que indica ao intérprete o sentido de uma norma dentro de uma estrutura normativa específica dentro da totalidade normativa da Constituição. Mas não basta o contexto interno ou intrínseco para o desvendamento do sentido das normas constitucionais, porque a hermenêutica do sentido também

De toda sorte, há de se ter alguma idéia sobre o que seja a comunicação social e a comunicação social eletrônica referidas na Carta Magna de 1988. Por primeiro, percebamos que o termo “comunicação social eletrônica” insere-se no Capítulo V do Título VIII da Constituição da República de 1988, que trata da comunicação social. Tem-se, pois, uma relação de gênero e espécie entre tais expressões. Não há uma definição constitucional expressa de comunicação social, que, segundo o constitucionalista José Afonso da Silva, “é a denominação mais apropriada da chamada ‘comunicação de massa’, mas o sentido permanece como o de comunicação destinada ao público em geral, transmitida por processo ou veículo, dito meio de comunicação social”¹⁸³.

Entretanto, da leitura do caput do artigo 220 da Carta Magna de 1988 pode-se extrair um conceito de “comunicação social”:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Dessa forma, a comunicação social seria o complexo de atividades que permite a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo.

busca definir o objeto da interpretação no mundo assim como a tensão do mundo sobre ela. Aqui, a interpretação envolve a busca de um fator externo, que se acha no contexto extra-texto, para designar o sentido da Constituição e de suas normas. Só na presença deste fator é que os textos constitucionais se tornam significativos.” Idem, p. 16.

¹⁸³ Silva, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Malheiros Editores: 2005, p. 821.

Quanto à comunicação social eletrônica, também inexistente um conceito constitucional expresso. Havemos de atentar que o parágrafo 3º do artigo 222 emprega o termo “eletrônica” acrescido da expressão “independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço”, diferenciando o regime jurídico aplicável à comunicação social eletrônica ao aplicável aos setores clássicos de comunicação social referidos no “caput”. Vale reproduzir novamente este trecho:

Art. 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.

(...)

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

Podemos extrair daí apenas a inferência de que a comunicação social eletrônica seria o complexo de atividades que permite a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, por meio de processo ou veículo tecnológico.

O dado é importante, pois, ao mesmo tempo em que reforça a proximidade do tema com as clássicas formas de manifestação da atividade de comunicação social, quais sejam, o rádio, a televisão e a mídia impressa, ao submeter todos os meios de comunicação aos princípios arrolados no artigo 221 da Constituição da República de 1988, delimita os campos conceituais de significação jurídica dos institutos. Ora, se comunicação social eletrônica significasse minimamente

radiodifusão sonora ou de sons e imagens, não haveria necessidade de criação do parágrafo 3º transcrito acima. Porém, não é preciso muito conhecimento sobre tecnologia da informação para se reconhecer uma nítida diferença entre esses clássicos veículos de comunicação social eletrônica e as novas mídias, principalmente aquelas que utilizam a plataforma de telecomunicações.

Talvez o próprio objeto de regulamentação dê causa a certa indeterminação conceitual. O próprio texto constitucional acaba por admitir certa impossibilidade de determinação *a priori* do campo da realidade que pretende regular ao deixar em aberto, sem precisão ou especificações mais detalhistas, as tecnologias utilizadas pela comunicação social eletrônica. Deveras, o legislador constituinte não teria a menor possibilidade de prever o desenvolvimento de novas tecnologias capazes de permitir a distribuição de conteúdo eletrônico. Assim, resta-lhe assumir a impossibilidade de abarcar numa previsão normativa fatos sobre os quais não tem controle e instituir um regime jurídico para os propósitos determinados.

Resta clara, pois, a preocupação do legislador em diferenciar os meios de comunicação social clássicos, em especial a radiodifusão sonora e de sons e imagens, dos novos meios de comunicação social eletrônica, não obstante seja difícil assentar uma definição precisa sobre o que seja essa última em meio a um contexto de tanta inovação tecnológica. É certo, contudo, que o oferecimento de conteúdo eletrônico dos mais diversos por meio da comunicação multimídia, do SMP ou da própria Internet não se confundem, de forma alguma, com rádio, televisão ou mídia impressa. Podemos perceber essa diferença não apenas pela diferenciação das definições de cada um desses serviços, mas pela noção conceitual e histórica de cada um deles, da forma como já abordado no capítulo II desta dissertação.

Portanto, a partir deste momento, trabalheemos como uma concepção provisória da comunicação social eletrônica: o complexo de atividades que resulta na difusão de conteúdo eletrônico aos seus usuários, por meios eletrônicos quaisquer, o que inclui dois dos meios clássicos de comunicação social eletrônica: o rádio e televisão aberta. Não obstante o texto constitucional estabelecer de maneira clara uma diferenciação entre os regimes aplicáveis à comunicação social eletrônica tradicional e às novas mídias eletrônicas, vale indicarmos um dado fático que lhe dá suporte econômico e confere racionalidade: a distinção de tratamento pode ser entendida como um reflexo jurídico de uma diferença do seu modo de inserção na vida social – a maneira pela qual atingem o grande público.

Enquanto pelas mídias impressas, pelo rádio e pela televisão aberta a veiculação de conteúdo eletrônico é unidirecional, sendo este determinado unilateralmente pelo emissor para recepção direta e livremente pelo público em geral, franca e indistintamente; pelos serviços de telecomunicações que veiculam conteúdo eletrônico, dentre eles o SCM, e o SMP, e pela Internet, a transmissão de conteúdo eletrônico está condicionada à prévia assinatura de contrato, sendo admitida, geralmente, a interação na determinação de tal conteúdo.

Além das distinções citadas acima, na radiodifusão sonora e de sons e imagens, a distribuição de conteúdo eletrônico dá-se de maneira simultânea, contínua e irrestrita concomitantemente. Já na comunicação multimídia e na telefonia móvel pessoal, a distribuição de conteúdo depende de demanda específica do usuário, possibilitando a troca de conteúdo colaborativo e dinâmico entre emissor e receptor, inexistindo limites para a participação do usuário em todo o processo.

Desse modo, ante as evidentemente gigantescas diferenças da forma pela qual se dá sua capilaridade na vida social, a distinção entre regimes jurídicos aplicáveis aos meios tradicionais de comunicação social eletrônica como a televisão e o rádio, e os novos meios, como os serviços de comunicação multimídia, o conteúdo eletrônico em celulares e a Internet, afigura-se como plenamente razoável. Contudo, é de se notar que tal diferença refere-se, sobretudo, a um aspecto: o controle da propriedade dos veículos de comunicação social.

4.1.4 – Direitos e princípios constitucionais fundamentais vinculados à atividade de comunicação

A liberdade de comunicação é um valor unanimemente consagrado nas democracias modernas. A possibilidade de livre expressão e veiculação do pensamento por meios quaisquer é um elemento inerente a qualquer regime político que tenha o mínimo apreço pela liberdade¹⁸⁴. E, no capitalismo moderno, o Estado Democrático tem que se moldar às possibilidades de ampliação do exercício das liberdades advindos do desenvolvimento tecnológico. Se a liberdade é um valor fundamental, o Poder Público deve antes saber se valer das potencialidades presentes nos processos produtivos contemporâneos que tentar sufocá-los.

É evidente que a liberdade de informação é a liberdade pública que mais sofreu o impacto do desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação. A amplitude e o alcance proporcionados pelos veículos de comunicação atualmente transformou-os nas instituições de maior relevância para a sociedade contemporânea. Em nossa Constituição da República de 1988,

¹⁸⁴ Ekmekdjian, Miguel Ángel. Derecho a la Información. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 3.

há um inequívoco sistema protetor da liberdade de comunicação, inclusive, senão principalmente, quando do desenvolvimento da atividade informadora sob a forma de organizações empresariais.

Para que a atividade de comunicação logre êxito em atingir um número significativo de pessoas, há uma série de valores constitucionais, todos eles vinculados à idéia básica de liberdade. Assim é que se podem enunciar as espécies de liberdades constitucionalmente garantidas na atividade de comunicação: liberdade de expressão, informação, livre iniciativa, concorrência, dentre outras. A liberdade de expressão é um princípio reconhecido mundialmente, tanto que consta expressamente no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe que “todos têm o direito à liberdade de ter uma opinião e à expressão. Este direito inclui a liberdade de se ter uma opinião sem interferência e, de buscar, receber e distribuir informação e idéias através de qualquer meio e sem fronteiras”.

Ensina Edilsom Faria que o direito fundamental concernente à livre e pública divulgação dos pensamentos e de notícias é composto de duas liberdades: a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação. Explica o jurista que a liberdade de expressão tem como objeto a manifestação de pensamentos, idéias e opiniões, crenças e juízos de valor. A liberdade de comunicação tem como objeto a difusão de fatos ou notícias. Tal divisão corresponde ao que comumente é designado por liberdade de opinar e liberdade de informar.¹⁸⁵

Na prática da comunicação social, percebe-se que, dentro do contexto de liberdade de expressão encontra-se a liberdade de informação, a qual, segundo o constitucionalista José Afonso da Silva compreende a procura, o acesso, o recebimento e a

¹⁸⁵ Faria, Edilsom. Liberdade de Expressão e Comunicação. São Paulo: RT, 2004, p.55

difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência da censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer¹⁸⁶.

A liberdade de informação tem duas vertentes complementares: a liberdade de ser informado e a liberdade de informar. A primeira delas cuida do direito individual de acesso à informação, bem como do direito da coletividade de estar informada, segundo o artigo 5º, inciso XIV, da Carta Magna de 1988, e, para tanto, faz-se necessária a liberdade de informar, que trata da liberdade de se manifestar opinião ao público em geral por quaisquer meios de difusão, independentemente de censura ou licença, consoante o artigo 5º, inciso IX, combinado com o artigo 220, “caput”, da Constituição da República de 1988. De qualquer forma, todas essas liberdades são dimensões do mesmo valor social que é o da circulação do pensamento e da informação, fundamental para a manutenção de uma sociedade pluralista, livre e democrática.

De igual importância é a liberdade econômica envolvida no regime constitucional da atividade de difusão de informação. A atividade de comunicação destinada ao público, atualmente, não se faz senão sob a forma de organizações empresariais. A sociedade de massas e os inúmeros mercados relativos à informação demandam a organização de complexos processos produtivos. Portanto, inserir-se em qualquer mercado, inclusive no de informação, requer que o agente econômico tenha condições de liberdade econômica para atuar. Há que se ter um ambiente que propicie os investimentos e garanta o desenvolvimento regular da atividade. São estas as premissas dadas¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 38, de 12.6.2002). Malheiros Editores: 2002. Página 245.

¹⁸⁷ Xavier, Helena de Araújo Lopes. O Regime Especial da Concorrência no Direito das Telecomunicações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 30.

Nesse sentido, são fundamentais as liberdades de iniciativa e de concorrência, nos termos do artigo 170 da Carta Magna de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

IV - livre concorrência; (...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Vale ressaltar que a livre iniciativa é fundamento da República, nos termos do artigo 1º, inciso IV, da Carta Magna de 1988. A liberdade de iniciativa envolve, evidentemente, a possibilidade de um agente ingressar em um mercado (liberdade de comércio), o que pode encontrar óbices somente em face de limites constitucionais ou estabelecidos por lei, e desde que haja pertinência entre as limitações legalmente impostas e o interesse público tutelado, tal como se depreende de uma interpretação sistemática, levando-se em consideração o artigo transcrito acima.

Trazemos à baila os comentários de Tércio Sampaio Ferraz Jr., que firma que:

particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a

autônoma empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção de riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normatizar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado. Entretanto, como é sabido e ressabido, a atuação em qualquer mercado, em princípio, dá-se mediante a convivência com outros agentes, o que caracteriza uma situação de concorrência¹⁸⁸.

A teoria econômica neoclássica e a tradição teórica que dela se originou é praticamente unânime em apontar as benesses da competição entre agentes econômicos na produção de bem estar social, razão pela qual o artigo 170, inciso IV, da Constituição da República de 1988 elevou a estatuto constitucional o princípio da livre concorrência, claramente no intuito de assegurar a competição nos mercados, tal como novamente ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr:

A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica, conforme o art. 170, inciso IV, não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influencia isolada e dominadora de um ou uns sobre os outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base para formação de preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve

¹⁸⁸ A economia e o controle do Estado, parecer publicado no jornal O Estado de S. Paulo, p. 50, em 04.06.1989, apud Eros Roberto Grau, "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 232.

gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade equilibrada¹⁸⁹.

Em relação ao setor da comunicação social, porém, a Carta Magna de 1988 é ainda mais incisiva, fazendo menção a um regime peculiaríssimo de proteção à ordem econômica.

Apesar de o dispositivo supra não ter sido objeto de regulamentação por lei ordinária até o momento, não se pode dizer que não tenha eficácia alguma. É clara a prescrição constitucional no sentido de impedir qualquer espécie de concentração de mercado de comunicação social que propicie o exercício abusivo da condição favorável que desfruta o agente capitalista detentor de poder econômico que a concorrência não consegue contrastar.

Nesse sentido ensina Edilsom Faria:

Se o princípio da vedação de censura política, ideológica e artística, já apresentado, significa uma forma de regulação constitucional sobre o conteúdo da comunicação social, o princípio da proibição de monopólio e oligopólio constitui uma regulação sobre a estrutura organizacional dos veículos de comunicação social. Ou seja, a configuração jurídica da garantia institucional da comunicação social vai mais além da proteção contra os abusos eventualmente cometidos por ela, atinge a concentração da propriedade dos *media*.(...)

Nessa direção, proclama a Constituição Federal que ‘os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio’. Isto é, a atividade de difusão pública de informações e opiniões não pode ser açambarcada

¹⁸⁹ “A economia e o controle do Estado”, parecer publicado no jornal O Estado de S. Paulo, p. 50, em 04.06.1989, apud Eros Roberto Grau, "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 236.

exclusivamente por um *mass medium* (monopólio) ou por um pequeno número de *mass media* (oligopólio). Por conseguinte, o princípio da proibição de monopólio e oligopólio na área de comunicação social encontra-se estritamente relacionado com o conhecido princípio geral da atividade econômica da livre concorrência (art. 170, IV), que é reforçado pela previsão constitucional de que a ‘lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’. Por isso, afirma-se que atualmente, cada vez mais, a liberdade de comunicação social depende da liberdade econômica ou é em boa medida consequência do sistema econômico.

Contudo, o princípio da vedação de monopólio e oligopólio tem no campo da comunicação social uma função proeminente: assegurar o pluralismo de vozes na arena pública. Por um lado, o pluralismo traduz a possibilidade fática de acesso aos meios de comunicação do maior número possível de sujeitos portadores de diversas tendências políticas, ideológicas e artísticas. Por outro, ele é condição indispensável para a livre formação da opinião pública independente e para garantir a diversidade de significado do mundo. Assim, à medida que se concentra a propriedade dos *media*, há necessidade de instrumentos para promover o pluralismo informativo.¹⁹⁰

Esse regime de liberdade econômica que se desenha por meio da junção dos princípios da liberdade de iniciativa e de concorrência é claramente impeditivo de interpretações constitucionais, edição de leis ordinárias ou qualquer norma que contrarie a pulverização do poder econômico no setor de comunicação social.

¹⁹⁰ Faria, Edilson. Liberdade de Expressão e Comunicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 208.

Cabe dizer que, por uma questão de hierarquia normativa, é evidente que limites a tais direitos supremos devem ser encontrados na própria Constituição da República de 1988; ou seja, a regra constitucional que garante a liberdade de atuação de uma empresa na atividade de comunicação, bem como os termos em que se dá tal liberdade de atuação, devem ser encontrados em seu texto, e não mais além. O regime das liberdades vinculadas à comunicação social é cláusula pétrea, de forma que até mesmo algumas tentativas de reforma constitucionais que vão de encontro à manutenção da liberdade devem ser tidas como antijurídicas.

4.2 – O modelo brasileiro de universalização de serviços de telecomunicações

4.2.1 – Sobre a necessidade de uma política pública de universalização do acesso à comunicação eletrônica

Qualquer estudo que busque estruturar a formulação de políticas públicas deve por bem tomar como referência o regime político vigente no país em que se formularão essas políticas públicas. Dessa forma, consegue-se que os processos de produção, implementação e avaliação das políticas públicas sejam mais concretos e tenham um referencial único, que tome por base as ações de governo. Com isso, torna-se possível delimitar o sentido, alcance e natureza das políticas públicas, bem como diferenciar os campos de relação orgânica entre o Estado e a Sociedade¹⁹¹.

Da mesma forma, sob essa ótica fica mais fácil a incorporação de problemas de territorialidade e institucionalização, que dão conta dos problemas do governo como poder organizado e de sua capacidade de controle e regulação sobre as políticas públicas adotadas.

¹⁹¹ Torres, P. Medellín – La Política de Política Públicas: Propuesta Teórica y Metodológica para el Estudio de las Políticas Públicas em Países de Frágil Institucionalidad, Série Políticas Sociales n.º 93, CEPAL, 2004, p. 47.

Medellín também coloca que os processos de estruturação de políticas públicas devem desenvolver-se sempre como um processo permanente de interação entre interesses, onde há tensões e conflitos que provocam constantes transformações, ou seja, há que existir sempre uma recontextualização das políticas adotadas¹⁹².

No caso do Brasil, que constituiria um país com nível de baixa obediência segundo os critérios de Medellín, a exceção jurídica tenderá a ser sempre a regra, ou seja, a coordenação será a conchavo, a hierarquia funcional será a hierarquia política, a invocação do interesse público será a invocação do interesse privado etc. Por fim, em condições de frágil grau de institucionalidade, os processos de estruturação das políticas públicas aparecem determinados pela disseminação de poderes e pela ausência de um aparato de Estado que possa ser articulado em torno de um centro único e bem definido e pela primazia do interesse privado sobre o público. Para efeitos de comunicação social, deve-se melhor pautar a presença do Estado por meio da reavaliação de atribuições e poderes à Agência Nacional de Telecomunicações e o Ministério das Comunicações.

Na condição de um Estado fragilizado e corrupto¹⁹³ como o brasileiro, como podemos passar do mundo puramente das idéias para o da estruturação de políticas públicas na área de comunicação social? Quais são as idéias ganhadoras e perdedoras? Dentro de um campo social que consiste na soma de recursos, reais ou virtuais, que o indivíduo ou o grupo acumulam, ao estarem de posse de uma rede, mais ou menos institucionalizada, de relações de mútuo

¹⁹² Torres, P. Medellín – La Política de Política Públicas: Propuesta Teórica y Metodológica para el Estudio de las Políticas Públicas em Países de Frágil Institucionalidad, Série Políticas Sociales n.º 93, CEPAL, 2004, p. 48.

¹⁹³ Em ranking de corrupção divulgado pelo Banco Mundial em 2008, o Brasil ocupou a 80ª posição entre 212 países: Disponível em: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/COUNTRIES/LACEXT/BRAZILEXTN/0,,menuPK:322347~pagePK:141159~piPK:141110~theSitePK:322341,00.html>. Acesso em 25.9.2008.

conhecimento e reconhecimento, qual a real capacidade de inserir, excluir ou hierarquizar temas de discussão social? Quanto ao capital cultural ou informacional, de fato resulta numa valorização no espaço social em geral ou no campo jurídico concreto¹⁹⁴.

Numa sociedade caracterizada pelo fluxo e trocas quase que instantâneas de informação, capital e comunicação cultural, o capital cultural, informacional e científico, que utiliza como ferramenta os meios de comunicação social eletrônica, é hoje um dos principais veículos que possibilitam uma eqüidade de oportunidades e uma chance real de inclusão social pela educação¹⁹⁵. O próprio processo de relação entre políticas e políticas públicas muda um pouco neste contexto em que o próprio campo jurídico, como espaço em que agentes distintos disputam ou mesmo guerreiam para assegurar monopólios e posições privilegiadas e, ao final, dizer ou estabelecer o que vem a ser o direito, está mudando. As autoridades disputam com novos meios para determinar, em última instância, quem poderá dizer o que é o direito.

Sem o devido acesso aos meios de comunicação social eletrônica adequados, numa sociedade da informação, as chances de os menos favorecidos utilizarem a política, que é a esfera de decisão social para alcançar este acesso, se torna ainda menos realista, o que vai em sentido contrário à teoria de justiça rawlsiana amparada pelo princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades. Nesse sentido, é certo dizer que o campo jurídico, entendido como a atividade social que possui um espaço limitado, de luta, definido pela regularidade de conduta e pelas regras aceitas de parte a parte, está cada vez mais rapidamente passando por crises conjunturais

¹⁹⁴ Lahera, Eugenio, P. Política y Políticas Públicas. División de Desarrollo Social. Santiago Chile, 2004, p. 13.

¹⁹⁵ Oliveira, Claudine Bichara et al. Mercado Brasileiro em Rede: Uma Visão do Comércio Eletrônico no Brasil. In “e-Densenvolvimento no Brasil e no Mundo”. São Caetano do Sul: Yendis, 2007, 798.

que questionam as regras até então vigentes. O mundo da informação eletrônica é intensamente mais rápido e dinâmico que o mundo anterior.

Nesse contexto, o Brasil está numa situação desanimadora, como país em desenvolvimento em que serviços e acessos à comunicação social eletrônica e outros serviços de telecomunicações estão abaixo da média de países em desenvolvimento ou mesmo de países subdesenvolvidos. Claus Offe explica que a mescla entre o Estado Liberal, baseado na economia de mercado e o Estado de Bem-estar social não são necessariamente contraditórios, a não ser, talvez por conflitos de ordem econômica, mas não moral. Nesse sentido, Offe explica que a economia de mercado em expansão possibilita a existência de uma base tributária que permite o financiamento e transferências para o Estado de bem-estar social. E, por outro lado, as provisões fornecidas pelo Estado de bem-estar social, como assistência médica, relações industriais e de trabalho pacíficas e que estabilizam a demanda, conseguem gerar os ativos necessários para o desenvolvimento de uma economia de mercado e a incentiva¹⁹⁶.

Vale salientar que no campo jurídico ou campo social, cada solução de um problema é feita em função das preferências e expectativas de resultados de determinados grupos que se aliam ou entram em disputas. Disso resultam as arenas políticas distributivistas, regulatórias e redistributivistas. Visando a mera alocação e distribuição de recursos de uma área para outra, a arena distributiva das três mencionadas é a que menos acarreta conflitos¹⁹⁷. As arenas regulatórias, que são aquelas de que predominante se valem os órgãos e agências que têm competência para organizar e elaborar as políticas públicas do setor de comunicação social

¹⁹⁶ Offe, Claus. *Capitalismo Organizado*. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 273.

¹⁹⁷ Rua, Maria das Graças. *O Estudo da Política, tópicos selecionados*. Paralelo, 2003.p. 241.

eletrônica e telecomunicações, são mais complicadas, pois determinam quem pode ou não fazer algo, quem deve ou não pagar alguma coisa, *inter alia*, e dessa forma, ensejam conflitos de aderência ou rejeição a essas políticas. Por fim, as políticas redistributivas são indubitavelmente as que mais geram conflitos, eis que determinados atores deverão inequivocamente arcar com certas perdas. Não se trata, porém, do caso que aqui tratamos.

De fato, a relação entre democracia, Estado e políticas sociais, não obstante poder ser analisada sob diferentes óticas, deve, sem dúvida ser analisada sob a ótica da democracia. Essa visão decorre de uma visão de Estado ampliado, em que ocorre uma ampla interação entre Estado e sociedade. A superestrutura jurídico-política da sociedade não pode ser vista separadamente da estrutura, ou seja, estas não constituem duas realidades estanques e distintas e, portanto, a própria sociedade com suas lutas e disputas, nos campos jurídicos, científicos e sociológicos está presente na organização do Estado¹⁹⁸.

Para Vicente Faleiros, a solução dos conflitos de poder e de conflitos distributivos deve ser achada por meio da negociação entre dominantes e dominados, o que, por sua vez, não faz parte do contexto da cultura brasileira. O autor descreve uma série de formas de relação entre ambos, que podemos sucintamente expor como: modos paternalistas, que defendem interesses de particulares; modo patrimonialista, que faz apropriação privada dos cofres públicos; modo democrático formal, que mantém o sistema democrático liberal com um controle público; modo democrático neoliberal, que mantém o sistema democrático com redução da

¹⁹⁸ Faleiros, Vicente de Paula – A Democratização e As Políticas Sociais: Conflitos de Poder e Conflitos Distributivos – Tendências dos Anos 90, da obra Cadernos de Serviço Social, IX (17) – UC de Campinas – 2000, p. 66.

universalização dos direitos; e modo participativo, que garante a universalização e o acesso às políticas públicas com dignidade e qualidade.

É nesse sentido que, no Brasil, a formulação de políticas públicas passa sempre pela exagerada burocracia, por relações clientelistas, patrimonialistas, corporativistas etc. Para se refinar esse processo é necessário, segundo Faleiros, uma mudança na cultura que implica a participação em nível micro social, através da formação de associações de defesa dos direitos desrespeitados. Entendemos, contudo, que o acesso à informação é elemento fundamental nesse campo jurídico e a limitação desse direito cinge as próprias condições de igualdade de luta.

Na elaboração de toda política pública, há que se colocar como fundamento primeiro os direitos sociais e sua crescente influência sobre diversos atores políticos e organizações internacionais. Nessa toada, é importante questionarmos a postulação da noção de cidadania como um desses fundamentos para o bem-estar.

Enfim, vale enfatizar que a cidadania significa o conjunto de uma herança social de uma civilização de acordo com os padrões prevalecentes nessa sociedade. No contexto de uma sociedade que funciona sob o prisma da tecnologia da informação, que revolucionou o próprio sistema capitalista a partir da década de 1980. Manuel Castells demonstra que a tecnologia da informação, que nada mais é do que o acesso de massa à informação e ao conhecimento catapultado por dados e bits em alta velocidade, revolucionou a geometria da economia global em amplitudes micro e macro, influenciou ambientes culturais de redes de empresas, transformou o trabalho e o mercado de trabalho, criando uma nova estrutura

ocupacional e, por fim, estabelecendo as premissas de uma nova sociedade interativa, com serviços avançados e fluxos contínuos de informação¹⁹⁹.

Ora, qualquer indivíduo ou cidadão que se encontre fora do circuito de circulação de informações eletrônico, digitalizado e em redes, está e estará cada vez mais afastado da mera possibilidade de participação social efetiva: estará impotente dentro do campo social. Potencialidades na educação, formação e trabalho possuem e possuirão cada vez mais pressupostos fincados na comunicação eletrônica. Vejamos a seguir as políticas públicas de universalização do acesso às telecomunicações no Brasil.

4.2.2 – As políticas de telecomunicações para a universalização do acesso à informação eletrônica

A importância da análise do modelo de universalização das telecomunicações brasileiras decorre da necessidade de entendermos as possibilidades legais e regulatórias e de políticas públicas que permitem ou possam permitir o acesso à comunicação social eletrônica pela maior parte possível dos brasileiros.

No âmbito deste trabalho concentraremos nossos esforços em encontrar soluções dentro do cenário constitucional e regulatório das telecomunicações, restringindo nossa amplitude de análise especialmente à Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e ao Ministério das Comunicações - MC.

¹⁹⁹ Castells, Manuel. A Sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 67.

Desde a criação da Lei Geral de Telecomunicações – LGT em 1997, o desenvolvimento e criação de políticas públicas de universalização focaram apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, ou seja, o serviço de telefonia fixa. Foi com essa orientação que foi criado o Fundo de Universalização das Telecomunicações – FUST, cujos recursos são destinados a cobrir parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações que não possam ser recuperadas com a exploração eficiente do serviço. O FUST é constituído de recursos, entre outras fontes, de contribuições de 1% sobre a receita operacional bruta decorrente da prestação de serviços de telecomunicações.

O art. 2º da Lei n.º 9.998/2000, que instituiu o FUST, empresta competência ao Ministério das Comunicações para formular as políticas, diretrizes gerais e as prioridades que orientarão as aplicações do FUST, bem como definir os programas, projetos e atividades financiados com recursos do Fundo. Até hoje, contudo, por razões de ordem política e jurídicas o FUST nunca foi utilizado.

Ademais, tornou-se prática comum no setor de telecomunicações no Brasil a superposição forçada e artificial entre as funções exercidas pelo Ministério das Comunicações – MC e as do Órgão Regulador, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel²⁰⁰. Nessa toada, vale observar que a Anatel deve atuar como autoridade administrativa independente, retendo todas as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência, enquanto

²⁰⁰ Escobar, J. C. Mariense. *Serviços de Telecomunicações: Aspectos Jurídicos e Regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

cabe ao Ministério das Comunicações o papel de supervisão de cumprimento das políticas de telecomunicações²⁰¹.

A Lei Geral de Telecomunicações define que ao Poder Executivo caberão as funções de estabelecer as políticas para que a União, por meio da Anatel, organize a exploração dos serviços de telecomunicações no país. Em sentido amplo, caberia ao Poder Executivo a elaboração de uma política nacional de telecomunicações e à Anatel as competências enumeradas no art. 19 da LGT, constando dentre elas a expedição de normas, quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e privado, podendo, a Agência até mesmo, propor a alteração das políticas governamentais de telecomunicações, se fosse o caso, conforme preceitua o art. 22, inciso III, da LGT.

A falta de uma definição precisa do que realmente constitui uma política de telecomunicações²⁰², porém, permite uma interpretação extensiva do termo, servindo a propósitos que visam à ampliação do escopo de ações do MC, da Casa Civil, do Tribunal de Contas da União - TCU etc. Essa situação é extremamente prejudicial do ponto de vista da criação e implementação de políticas públicas efetivas de universalização do acesso à informação digital.

²⁰¹ Guerra, Sérgio. *Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 489.

²⁰² Joseph Schumpeter entende que o modelo de agências reguladoras precisa pressupor uma certa supervisão dessas pelos órgãos políticos dos poderes executivo e legislativo para exercer seus papéis com maior eficiência. Daí se origina essa confusa delimitação entre o que de fato é política e que de fato é a implementação dessa política. Schumpeter, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper 1975, p.293.

4.2.3 – Os problemas do FUST

O FUST tem importância estratégica dentro da elaboração de qualquer política de universalização do acesso à informação, pois possui cerca de R\$ 6 bilhões em recursos e fonte de receitas anuais da ordem de R\$ 700 milhões, advindas, principalmente, da contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente da prestação de serviços de telecomunicações²⁰³. Ou seja, é uma contribuição que incide sobre todas as empresas de telecomunicações e que seria destinada, segundo a Lei do FUST, primordialmente para o atendimento das metas de universalização do STFC, ou seja, da telefonia fixa. Tal meta de universalização, como vimos, é insuficiente visto que a população necessita hoje bem mais do que serviços de voz.

A Lei n.º 9.998, de 17.08.2000, que institui o FUST, confere competência ao Ministério das Comunicações – MC para a formulação de políticas, diretrizes gerais e prioridades que orientarão as aplicações dos recursos do Fundo, assim como a definição de programas-projetos e atividades financiadas com estes recursos. Da análise dessas atribuições ao MC, depreende-se a importância que esta pasta tem no desempenho de um papel ativo para o emprego dos recursos do FUST. Caso haja, de fato, um engajamento do Ministério na resolução dos problemas jurídicos que impedem a aplicação dos recursos do Fundo, é possível que o imbróglio seja solucionado.

Dentre as características do fundo podemos enumerar que os recursos do FUST somente podem ser utilizados em serviço prestado em regime público. O único serviço prestado

²⁰³ A REDE. Tecnologia para Inclusão Digital. São Paulo, ano 3, n.º 27, 2007, p. 14.

em regime público, hoje, é o STFC²⁰⁴, cujas principais metas de universalização já são normalmente atendidas pelas obrigações constantes dos contratos de concessão. Além disso, a Lei do FUST possibilitaria o uso dos recursos para a oferta de outros serviços, além do STFC, como o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, que possibilita o acesso banda larga à Internet, desde que este fosse prestado em regime público. Como este não é o caso, restam prejudicados o investimento e o fomento da chamada inclusão digital de populações menos favorecidas, um item social de extrema importância, eis que vai além da simples disponibilização do STFC para essas populações.

A ampliação da universalização para além do STFC, porém, requereria cuidados. Com a vinculação do FUST apenas ao regime público, ou seja, ao STFC, no caso da ocorrência de impossibilidade da prestação de serviços por parte das empresas, seria o próprio Estado que deveria arcar com os custos da universalização e continuidade. Importante notar que nem os países mais desenvolvidos do mundo assumiram a responsabilidade de universalizar serviços como, por exemplo, a Internet em alta velocidade em escolas.

Como não há outros serviços prestados em regime público, somente restariam duas alternativas para o uso do FUST, quais sejam, a criação de um outro serviço, além do STFC, em regime público, ou a alteração da Lei Geral de Telecomunicações e da própria Lei do FUST para permitir a utilização do FUST para serviços prestados em regime privado. A seguir procederemos ao exame dessas duas soluções que nos parecem plenamente receptíveis, tanto do

²⁰⁴ O conceito do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC somente permite que este serviço trafegue dados e voz a uma velocidade de, no máximo, 64 Kbps, capacidade que se mostra insuficiente para o provimento, dentre outros, de serviços de conexão Internet banda larga. Disponível em: http://www.momentoeditorial.com.br/index.php?Itemid=257&id=1143&option=com_content&task=view. Acesso em 19.8.2008.

ponto de vista jurídico, como do ponto de vista regulatório, para o subsídio econômico de uma política pública de universalização não apenas da telefonia fixa, mas também da comunicação social eletrônica tal como definida neste trabalho.

4.2.4 – Possibilidades para a utilização dos recursos dos FUST

Em primeiro lugar, pode-se criar, à semelhança do STFC, uma modalidade pública do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, uma vez que este serviço é hoje prestado apenas em regime privado e, portanto, não pode ser objeto de destinação dos recursos do FUST. Este serviço é bastante propício, pois permite o fornecimento de sinais de áudio e vídeo, de forma eventual, além de servir de suporte para o provimento de banda larga²⁰⁵. Seria possível, outrossim, a criação de um serviço que foi bastante discutido na Anatel há 3 anos atrás, o Serviço de Comunicação Digital – SCD, que já seria criado para prestação no regime público.

No que se refere ao SCD, este possui uma definição bastante semelhante àquela do SCM, permitindo também o fornecimento de sinais de áudio e vídeo e o provimento de banda larga, o que é essencial para a universalização do acesso à informação. Como é um serviço novo, porém, teria de ser elaborado um novo regulamento, com as regras de uso do serviço, direitos e deveres dos usuários e das prestadoras, requisitos de exploração das suas redes etc. Vale notar que hoje já existe na Agência uma minuta de regulamento do SCD, ainda sujeita à aprovação do Conselho Diretor da Anatel e Consulta Pública.

²⁰⁵ Art. 67 da Resolução n.º 272, de 9 de agosto de 2001, que aprovou o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM.

Os procedimentos para a criação de um SCM prestado em regime público e do SCD não são tão simples. Para sua entrada em operação, necessita, além da edição de um novo serviço em regime público, a criação de um Plano Geral de Outorgas - PGO, por Decreto Presidencial, de um Plano Geral de Metas de Universalização - PGMU, também por Decreto, de um Regulamento do serviço, um Plano Geral de Metas de Qualidade - PGMQ, um Regulamento de indicadores de qualidade, um Regulamento de remuneração do uso de redes, um Regulamento sobre critérios tarifários e um de contrato de concessão a serem aditados pela Anatel. Tais procedimentos, obviamente podem ser custosos em termos econômicos, desgastantes politicamente, bem como levar bastante tempo para serem aprovados.

Vale notar, que o SCD apresenta algumas desvantagens em relação ao SCM prestado em Regime Público. A convergência tecnológica torna desnecessária a existência de serviços específicos, bastando uma outorga genérica, ou seja, a tendência mundial é reduzir o número de outorgas. O Brasil particularmente ainda tem 34 outorgas, sendo desaconselhável criar mais uma. Com isso, seria mais eficiente do ponto de vista regulatório e da tecnologia que uma política pública de universalização da comunicação social eletrônica trabalhasse com um serviço de telecomunicações já existente, promovendo somente as alterações pontuais e necessárias para permitir que os recursos do FUST possam ser utilizados sem problemas.

Todos estes exemplos podem ser levados a cabo pelo Ministério das Comunicações - MC, em razão do peso político e importância que esta pasta possui, amparados pelas competências que lhe são atribuídas pela Lei do FUST. Soma-se a isso a convergência dos propósitos estabelecidos na Lei do FUST com o disposto nos novos Planos Gerais de Metas de Universalização - PGMUs. Estes exemplos, dentre outros, são perfeitamente exequíveis com a

legislação vigente do FUST e não comportam qualquer suspeita de má interpretação ou irregularidade. Não há que se falar, também, em necessidade de licitação para obtenção destes recursos, como pretendem algumas iniciativas, visto que somente empresas prestadoras de telecomunicações em regime público, as concessionárias de STFC, é que possuem amparo legal e meios de capacidade para aplicação plena dos recursos destinados ao Fundo em comento. Com isso, temos que a utilização dos recursos do Fust para essa parcela menos favorecida da população é uma grande vantagem para todos e encontra respaldo na legislação do FUST e no entendimento regulatório da Anatel com relação ao novo PGMU.

Urge destacar, outrossim, que inexistente o risco de os recursos serem utilizados para financiar operações das concessionárias de STFC fora de sua área de prestação do serviço, uma vez que as metas de universalização restringem-se apenas às áreas de outorga da prestação do serviço.

4.3 – A cadeia produtiva de valor da comunicação social eletrônica

Num ambiente de convergência tecnológica entre serviços de radiodifusão, telecomunicações e atividades de valor adicionado, incluindo a Internet, a cadeia de valor que compreende as atividades técnicas e econômicas voltadas ao desenvolvimento do conteúdo ou da informação eletrônica também vem sofrendo alguma transformação e consiste em instrumento importante para se delinear qualquer política que envolve os meios de comunicação eletrônica.

Historicamente a estrutura da cadeia de valor do conteúdo eletrônico esteve identificada com as características técnicas da transmissão ou das redes físicas sobre a qual esse

conteúdo era distribuído. Dessa forma, se um determinado conteúdo eletrônico fosse transmitido por ondas de radiofrequência moduladas que se propagam eletromagneticamente estaríamos diante de um conteúdo de radiodifusão. Se tivermos um conteúdo veiculado por meio de cabos e sob demanda teremos, o serviço de TV a Cabo. Diante do advento das tecnologias digitais, porém, os processos de transmissão de conteúdos eletrônicos tornam-se mais semelhantes. Com isso, é possível ver um filme no celular, fazer uma ligação pela Internet, ter acesso à Internet banda larga por meio da rede da TV a Cabo, etc.

De forma bem sucinta, podemos dividir a cadeia de valor da comunicação eletrônica em quatro conjuntos de atividades²⁰⁶. São elas: (i) o processo de produção do conteúdo eletrônico, que consiste na elaboração, composição, criação e constituição de conteúdo audiovisuais eletrônicos em qualquer meio de suporte; (ii) a programação, que consiste na atividade de seleção, organização ou formatação de conteúdos audiovisuais eletrônicos apresentados na forma de canais de programação ou catálogos de conteúdos audiovisuais eletrônicos; (iii) o empacotamento ou provimento de conteúdo eletrônico, que é a atividade de seleção de canais de programação, formatados na forma de pacotes, constituindo última etapa de organização dos conteúdos audiovisuais a serem distribuídos; e (iv) a distribuição, que se traduz nas atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão, provimento ou comercialização de pacotes aos usuários finais.

²⁰⁶ As definições dessas atividades constam em maior ou menor grau do Substitutivo do Deputado Jorge Bittar ao Projeto de Lei n.º 29/2007, de autoria do Deputado Paulo Bornhausen, que dispõe sobre a organização e exploração das atividades de comunicação social eletrônica e dá outras providências. O Substitutivo é resultado de um longo debate que já ocorre entre os radiodifusores, as empresas de telecomunicações e produtores e programadores de conteúdo nacionais há mais de quatro anos. Ainda assim, está bem longe de ser consenso entre as partes interessadas.

Com o fim das diferenças substantivas entre os tipos de tecnologia, todo esforço para se regular ou proteger da regulação excessiva o conteúdo eletrônico deverá ter presente a existência dessa cadeia de valor. É o que faremos nos capítulos seguintes.

4.4 – O conflito entre radiodifusores e empresas de telecomunicações

Fundamental atentarmos para o contexto da disputa adjacente à questão do conteúdo eletrônico no Brasil. Referimo-nos à disputa entre radiodifusores e empresas de telecomunicações sobre o controle dos meios de produção, programação e distribuição do conteúdo eletrônico. Toda discussão que pretenda enfrentar o tema da comunicação social eletrônica no Brasil deve reconhecer e entender a importância desses dois setores e como esse antagonismo vem influenciando a linha de montagem de políticas públicas para o setor.

Desde a criação do Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT em 1962, e mais ainda a partir da redemocratização do país, a atividade de radiodifusão passou a ter ligações umbilicais com a vida política pátria, consolidando-se um padrão de aproximação entre empresários e governantes, cada qual contando com a colaboração do outro na estratificação de poder em suas áreas de atuação. Não se nota muitos avanços na aplicação dos valores republicanos neste campo, mesmo com a introdução da nova ordem constitucional em 1988²⁰⁷. Basta observar a quantidade de políticos que são proprietários ou sócios de empresas de radiodifusão, que segundo o levantamento mais recente era de 271²⁰⁸.

²⁰⁷ Bitelli, Marcos Alberto Sant’Anna. O Direito da Comunicação e da Comunicação Social. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 86.

²⁰⁸ Costa, Amanda. “271 Políticos são Sócios de Empresas de Comunicação”. Disponível em: http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com_content&task=view&id=3440. Acesso em 27.10.2008.

A perpetuação desse padrão de promiscuidade deve-se ao fato de que a Assembléia Constituinte atendeu aos anseios dos radiodifusores pela separação das disposições relativas à radiodifusão daquelas que tratavam dos demais serviços de telecomunicações, de modo que a nova ordem constitucional não significasse interferência em seu muito bem estratificado modelo de negócios. Dessa forma, como veremos mais detidamente adiante, os incisos XI e XII do art. 21 da Constituição Federal caracterizam expressamente “telecomunicações” e “radiodifusão” como coisas distintas²⁰⁹.

Dessa forma, enquanto que aos conglomerados econômicos atuantes no segmento de radiodifusão eram concedidas grande liberdade negocial e proteção jurídica, os serviços de telecomunicações foram objeto de rígido controle estatal, tendo ficado sob monopólio do Poder Público até a promulgação da Emenda Constitucional n.º 08/1995. No novo cenário de privatização das telecomunicações e, mais recentemente, da convergência tecnológica, porém, surgem problemas para os radiodifusores

Tentemos, por um momento, nos colocar no lugar das empresas de televisão e visualizar seus problemas. Em primeiro lugar essas empresas perderam praticamente todas as licitações para prestar serviços de telecomunicações de que fizeram parte, como a da banda B, por exemplo²¹⁰. Ou seja, os radiodifusores estavam fora do mercado de telecomunicações. Por outro lado, a abertura do mercado para a atuação das empresas privadas de telecomunicações

²⁰⁹ Cumpre destacar que esse capítulo resultou em um dos mais polêmicos episódios de todos os que ocorreram por ocasião da elaboração da Carta Magna de 1988. Ele não teve um texto base aprovado na sub-comissão de origem, porém, por pressão do lobby dos concessionários de televisão, foi redigido de forma improvisada na Comissão de Sistematização. Não devem, pois, causar surpresas as imprecisões conceituais e outros defeitos adiante apontados.

²¹⁰ Disponível em: http://indexet.gazetamercantil.com.br/arquivo/1998/01/28/64/BANDA-B:-Nao_renovacao-de-garantias-altera-quadro-da-disputa.html. Acesso em 18.8.2008.

diante da convergência tecnológica e a possibilidade dessas empresas atuarem no mercado de conteúdo eletrônico tornaram os radiodifusores extremamente preocupados com o futuro de seu modelo de negócios. Não bastasse o avanço tecnológico que permite uma televisão em cada computador ou cada aparelho de celular, os radiodifusores enfrentam agora o risco de ver as próprias empresas de telecomunicações competindo por seu bolo publicitário. Ora, se as empresas de telecomunicações podem produzir, programar e distribuir conteúdo eletrônico, tal fato representa uma competição direta dessas empresas com os tradicionais radiodifusores²¹¹.

Daí decorre a origem do combate ferrenho deflagrado pelos radiodifusores contra as ambições das empresas de telecomunicações no âmbito da cadeia de valor da comunicação social eletrônica.

4.5 – A defesa da concorrência e o conteúdo eletrônico

Aqui é importante ressaltar a diferença necessária de quem formula as políticas de telecomunicações e de quem as implementa. Pela Lei Geral de Telecomunicações, a formulação das políticas de telecomunicações é de responsabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo, enquanto que a implementação dessas políticas é dever do órgão regulador²¹². No entanto, há que se ressaltar que a responsabilidade de formulação de políticas do setor não pode servir de pretexto para que atribuições básicas do órgão regulador sejam invadidas, como por exemplo, a questão de definição de tarifas. Dessa forma, deve existir uma constante vigilância

²¹¹ Bolaño, César Ricardo Ciqueira; Brittos, Valério Cruz. *A Televisão Brasileira na Era Digital. Exclusão, Esfera Pública e Movimentos Estruturantes*. São Paulo: Paulus, 2007, p. 29.

²¹² Ver artigos 2º, 18 e 19 da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997- Lei Geral de Telecomunicações.

para impedir a invasão, neste caso de enorme potencial desestabilizador da ordem, de outros ramos do Poder Executivo na esfera de competência do órgão regulador.

A Lei Geral de Telecomunicações – LGT determinou que a Lei n.º 8.884/94, Lei de Defesa da Concorrência, fosse aplicada plenamente ao setor de telecomunicações, o que resultou em uma série de atribuições legais à Anatel, complementares às do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, no que tange ao controle, prevenção e repressão das infrações econômicas contra a ordem econômica, envolvendo as prestadoras de serviços de telecomunicações. A aspiração dessa competência da Anatel era a de permitir que a sistematização de defesa da concorrência se revestisse de conhecimento técnico, advindo da dinâmica do setor de telecomunicações e das peculiaridades de sua regulação²¹³. Dessa forma, a interlocução entre as autarquias constituiria uma sinergia para melhor aplicação das normas de defesa da concorrência, sem deixar de contemplar os aspectos específicos do setor.

A experiência observada em muitos países demonstra que décadas de regulamentação por intermédio de ministérios aumenta a probabilidade de atitudes ideológicas, partidárias ou subjetivas, o que gera incertezas regulatórias e acaba por desestimular o investimento privado, nacional ou estrangeiro²¹⁴. A contínua mudança de governo nas democracias pode vir a acarretar alterações constantes na regulação do setor, que desestabilizam as relações jurídicas e o equilíbrio econômico dos contratos de concessão ou autorização em telecomunicações. Já o órgão regulador tem o condão de realizar, com maior competência, sua

²¹³ Cordovil, Leonor Augusta Giovane. A Intervenção Estatal nas Telecomunicações, A visão do Direito Econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 229.

²¹⁴ Faraco, Alexandre Dirzel. Regulação e Direito Concorrencial (As Telecomunicações). São Paulo: Paulista, 2003, p. 214.

tarefa por ser: independente, para implementar o interesse público; forte, para ter suas decisões respeitadas; e previsível, para transmitir tranquilidade ao mercado e ao usuário, como é o caso das tarifas.

Na verdade, não só o órgão regulador que deve ter as características e prerrogativas acima mencionadas, mas, idealmente, deveria existir apenas um órgão regulador para todo o setor de telecomunicações, que inclui a radiodifusão²¹⁵. Uma razão importante para a existência de apenas um órgão regulador é a cada vez mais presente convergência tecnológica. Isso inclui, outrossim, os serviços de radiodifusão, como o rádio e a televisão. Como exemplo, podemos citar o Reino Unido, que tinha cinco órgãos reguladores para diversos serviços e passou a concentrar a regulação em apenas um órgão regulador, o *Office of Communications* - OFCOM.

Há também discussões acerca dos aspectos positivos advindos de uma maior interação entre a Anatel e o Cade, o que deve produzir resultados mais técnicos com a simbiose advinda do amálgama regulatório entre as duas autarquias e a padronização das Agências, no que diz respeito ao papel de seus ouvidores. No entanto, a padronização generalizada é incompatível com o exercício do trabalho especializado realizado pelas Agências, pois cada Agência deve apresentar uma estrutura, função e regime jurídico próprio para melhor atender aos objetivos a que se propõe²¹⁶. Como atributos negativos desse projeto, pode-se apontar o tratamento dos contratos de gestão e falta de menção aos órgãos de defesa do consumidor.

²¹⁵ Tanto na Europa como nos Estados Unidos, as políticas e regulamentos setoriais das telecomunicações e da radiodifusão são, em sua grande maioria, competência de apenas um único órgão regulador. Vide Steinfield, Charles et al.. *Telecommunications in Transition. Policies, Services and Technologies in the European Community*. Sage Publications: London, 1994, p. 53.

²¹⁶ Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p 52.

Em longo Relatório acerca da convergência tecnológica e o problema do conteúdo eletrônico, o Cade reconhece que “serão necessários ajustes específicos no marco legal e regulatório para adaptá-los ao cenário atual da convergência” e quais os princípios que melhor serviriam de norte para a promoção dessas adaptações, enumerando dentre eles a diversificação, ampliação e inovação dos serviços, o estímulo à competição no mercado convergente, a implementação de incentivos a novos investimentos e à modernização do setor e, por fim, a promoção e proteção do conteúdo nacional²¹⁷.

O Cade também concluiu que “as mudanças no marco legal e regulatório devem ser feitas com o intuito de aumentar o equilíbrio entre os diversos atores, observando-se a uniformização de direitos e obrigações entre prestadores que ofereçam serviços similares, independentemente da tecnologia empregada, nacionalidade do capital e estágio de desenvolvimento das redes”. Finalmente, é válido destacarmos que, na opinião do referido Conselho, o processo de convergência tecnológica constitui processo que “não pode ser contido, em função da dinâmica do processo de inovação dessa área em escala global e que a sociedade é a maior beneficiária do processo” e, dessa forma, compete ao Estado atuar como indutor da inovação, incentivando a investimentos e ao desenvolvimento de um ambiente competitivo.

Notamos então que a opinião mais recente do Cade tende a remar na contramão da construção de uma regulação excessiva e pormenorizada para comunicação social eletrônica, visto que, como o setor está amarrado ao sabor das inovações tecnológicas, tal regulamentação estaria fadada a processos de contínuas e céleres desatualizações.

²¹⁷ Relatório proferido no Procedimento Administrativo n.º 08700.001638/2007-67. Audiência Pública. A Convergência Tecnológica e seus Impactos Concorrenciais. 29.5.2008.

4.6 - Regulação sobre o conteúdo eletrônico no Brasil

Consoante vimos anteriormente, a Lei n.º 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações - LGT, e a regulamentação infralegal, cunhada em grande parte antes da explosão do fenômeno da convergência tecnológica trata cada serviço de maneira estanque e rígida. Cada serviço possui suas regras próprias, individuais, como que existentes num contexto único. A LGT também nunca tratou diretamente do conteúdo eletrônico, mas abordou e focou, acima de tudo, nos clássicos serviços de comunicação de voz, como a telefonia fixa.

Podemos avaliar que praticamente todas as discussões e pressupostos sobre o tema da comunicação social eletrônica no Brasil estão fincados no seguinte tripé: (i) o estabelecimento de cotas de conteúdo eletrônico nacional e conteúdo nacional independente, com o objetivo de proteger e estimular a produção nacional; (ii) a criação de uma reserva de mercado para produtores e programadores de conteúdo nacional e resguardo das empresas de radiodifusão da competição direta de empresas de telecomunicações que pretendem distribuir conteúdo eletrônico; e (iii) a possibilidade ou impossibilidade de que empresas de telefonia fixa²¹⁸ possam prestar o serviço de TV a Cabo.

Fala-se bastante na necessidade de se assegurar uma pluralidade razoável de fontes de informação eletrônica e que, portanto, medidas de adoção de cotas de conteúdo eletrônico para os diversos meios de distribuição seriam a melhor solução. Ora, se se quer

²¹⁸ Empresas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC.

garantir uma existência plural de conteúdo deve-se restringir, em primeiro lugar, a possibilidade de que uma mesma empresa de comunicações controle vários meios de comunicação distintos. Nesse sentido faria mais sentido uma regulação voltada para o controle de participação cruzada de capital e não a mera imposição de cotas de conteúdo nacional. Da mesma forma, argumenta-se em prol da defesa do conteúdo nacional. Mas vários dos Projetos de Lei sobre este assunto tramitando no Congresso Nacional, como veremos à frente, em nome da defesa do conteúdo nacional, acabam por permitir que uma empresa brasileira produza conteúdo com teor não nacional e o chame de nacional, enquanto proíbe que empresas estrangeiras que produzam conteúdo substancialmente nacional que sejam reconhecidos como tal.

4.7 – As iniciativas parlamentares para a solução do conflito

A partir de 2003, várias iniciativas no Congresso Nacional e no Executivo tiveram como foco a regulamentação das atividades relacionadas à Comunicação Social. A maioria delas desastrada e de resultado inócuo.

A primeira dessas tentativas veio com o Anteprojeto que criava a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual – Ancinav, que viria substituir a atual Agência Nacional do Cinema – Ancine e tomar parte das competências da Anatel. O aludido anteprojeto, por inverossímil que pareça, pretendia impor a todos os meios de comunicação eletrônica²¹⁹, as restrições ao capital estrangeiro da radiodifusão, ou seja, que a propriedade dessas empresas fosse privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos ou de pessoas jurídicas

²¹⁹ Neste conjunto estavam incluídos e-mails, telas de comerciais em *shopping centers*, elevadores ou aeroportos, todo o conteúdo da Internet etc.

constituídas sob as leis brasileiras em que pelo menos 70% do capital total e votante pertencesse a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. Ademais, a gestão das atividades e o estabelecimento do conteúdo de todas essas empresas deveriam ser feitos por brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. Igualmente, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada também deveriam ser privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos²²⁰.

Houve também, no âmbito do Legislativo, o Projeto de Lei n.º 4.209/2004 e a Proposta de Emenda Constitucional n.º 55/2004, que tiveram objetos idênticos e claramente complementares ao da Ancinav, perfazendo a mesma intenção de “pacote” regulatório. Tais proposições pretenderam, em suma, estender a todos os setores da economia que tenham como objeto a difusão de informação as limitações societárias que hoje recaem exclusivamente às empresas jornalísticas e radiodifusoras. Tal medida teria um efeito devastador na economia nacional, provocando forte concentração econômica, vez que todas as empresas de publicidade, de provimento de acesso a Internet, cinematográficas, bem como todas as congêneres, que de algum modo utilizam plataformas tecnológicas digitais para difundir informação, teriam que transferir ao menos 70% de seu capital social a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos.

Hoje o grande debate se dá em torno do Projeto de Lei n.º 29/2007, de autoria do deputado Paulo Bornhausen. Tal proposta teve alterada, substancialmente, sua idéia original, durante seu trâmite no Congresso Nacional. Entendemos ser didática a análise dos pontos mais

²²⁰ O teor das restrições reproduz o art. 220 e parágrafos da Constituição Federal, que se aplicam hoje somente empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens e a empresas jornalísticas.

importantes desta iniciativa por dois motivos: a proposta ainda está longe de ter aprovação final no Congresso e contém uma síntese muito representativa das idéias em voga para a solução da questão do conteúdo eletrônico no Brasil, de modo que mesmo que não prospere como tal, suas idéias serão provavelmente recuperadas em novo Projeto de Lei. Seguem os principais pontos comentados:

(i) Exploração de outros serviços por concessionárias de STFC: faculta às concessionárias do STFC a exploração de outros serviços de telecomunicações sem a necessidade da constituição de empresa coligada, desde que sejam estabelecidos instrumentos que garantam a competição no setor e assegurem ao consumidor o compartilhamento dos ganhos econômicos advindos dessa racionalização e a transferência integral dos ganhos econômicos não decorrentes da eficiência empresarial;

(ii) a criação de um novo serviço convergente: cria o serviço de acesso condicionado, que é serviço de telecomunicações de interesse coletivo, prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição, em ambiente controlado, de pacotes e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer, inclusive protocolos de Internet;

(iii) fomento à produção audiovisual: R\$ 340 milhões anuais advindos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL;

(iv) Limitação de 30% do capital total e votante de prestadoras de serviços de telecomunicações em produtoras e programadoras é ampliada para qualquer produtora e programadora constituída

sob leis brasileiras. Antes, tal proposta seria apenas para produtoras e programadoras brasileiras, ou seja, com 70% de capital total e votante nacional;

(v) Limitação de capital de concessionárias de radiodifusão e de produtoras e programadoras brasileiras em prestadoras de serviços de telecomunicações (49% do capital total e votante) passa a não valer para prestadoras de serviços de telecomunicações utilizados exclusivamente para prestação do serviço de radiodifusão e para os utilizados para realizar transporte de conteúdo audiovisual por produtoras ou programadoras para entrega às distribuidoras;

(vi) A inclusão da Internet no âmbito da proposta: pela definição do serviço de acesso condicionado dado supra, a Internet pode ser objeto de regulação do PL 29/2007, inclusive sujeita às regras de cotas de conteúdo nacional, pagamento de FISTEL etc. Para tanto, basta que o conteúdo de Internet tenha recepção condicionada à contratação remunerada por assinantes e seja destinado à distribuição, em ambiente controlado, de pacotes e de canais. Como a expressão pacotes compreende conteúdos ofertados em modalidade avulsa²²¹, temos que qualquer conteúdo de Internet ofertado nessas condições será considerado serviço de telecomunicações, com todas as implicações que daí decorrem. A nosso ver, a permanência de conteúdos de Internet, mesmo que mitigada ou relacionada a conteúdos acessados em ambiente controlado, impõe graves problemas e dificuldades relacionados a: (a) aplicação das obrigações próprias das empresas de telecomunicações a empresas provedoras de serviço de valor adicionado, p. ex. como calcular as taxas de fiscalização devidas por essas empresas?; (b) separação clara entre o que será

²²¹ O PL 29/2007 define duas modalidades avulsas em seu art. 2º: XIV – Modalidade avulsa de conteúdo em catálogo: modalidade de conteúdos audiovisuais organizados na forma de catálogo para aquisição avulsa por parte do assinante, para recepção em horário por ele escolhido; XV – Modalidade avulsa de conteúdo programado: modalidade de conteúdos audiovisuais organizados em canais de programação e em horário previamente definido pela programadora, para aquisição avulsa por parte do assinante;

considerado conteúdo de serviço de telecomunicações de acesso condicionado e conteúdo de serviço de valor adicionado, o que é necessário para efeitos tributários; (c) como aplicar a legislação pretendida a empresas estrangeiras de Internet? Filtrar conteúdo, trancar *sites*, impor sanções pecuniárias?²²²; (d) saber se no caso de uma empresa brasileira criar um *site* que distribua conteúdo por meio da Internet, ela deve atender a todas as imposições de cotas do Substitutivo; ou seja, mesmo sendo brasileira, essa empresa deve contratar empresas produtoras e programadoras brasileiras para preencher as cotas de conteúdo?; (e) saber se é justo que se dê o mesmo tratamento dispensado a empresas de DTH, por exemplo, para empresas que prestam serviço de valor adicionado por meio da distribuição de conteúdo eletrônico, já que uma utiliza recursos escassos (sinais satelitais) e outra utiliza a *web*? Estas e outras perguntas devem ser respondidas para se entender o alcance e as conseqüências da aprovação e aplicação das medidas propostas pelo Substitutivo quanto à aplicação de suas regras ao ambiente da rede mundial de computadores.

(vii) Cotas mínimas de conteúdo eletrônico nacional: Pelo menos 30% dos pacotes ofertados aos assinantes deverão ser programados por programadora brasileira e veicular, no mínimo, 8 horas

²²² Caso emblemático dos problemas e conflitos de jurisdição sobre o conteúdo da Internet e da recente jurisprudência sobre a responsabilidade dos provedores de conteúdo frente aos usuários e à comunidade em que atuam, seja talvez a ação movida contra os *sites Yahoo! France e Yahoo! Inc.*, este último nos Estados Unidos. Os autores da ação pediam que estes *sites* cessassem a divulgação em suas páginas de leilões, de mensagens, imagens e textos relacionados a objetos, relíquias, insígnias, emblemas nazistas, ou evocando o nazismo, no território francês, baseando para isto no ordenamento jurídico de seu país. O tribunal de *Grand Instance* de Paris acolheu as alegações dos autores, obrigando o *site* Yahoo! France a destruir todos os dados de seus servidores, interrompendo a disponibilização, em território francês, de mensagens e textos relacionados ao nazismo e de *homepages* contendo textos ou citações de obras literárias que evocam ou fazem apologia ao nazismo. No que se refere ao *site* americano, entretanto, a questão tornou-se um pouco mais complicada. O Yahoo! Inc., em princípio, apesar de não estar sujeito à jurisdição francesa, constava como sujeito da relação processual, uma vez que suas páginas de leilões oferecem objetos de cunho nazista e podiam ser acessadas na França. O tribunal francês terminou por decidir que a Yahoo! Inc. deveria instalar filtros que vedassem o acesso por parte dos franceses às páginas que disponibilizassem memória nazista. A justiça americana, porém, entendeu que a restrição feria a *first amendment* e votou a favor do Yahoo Inc.. [*Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L'Antisemitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181, 1192 (N.D. Cal. 2001)]

diárias de conteúdo brasileiro, das quais 4 deverão integrar espaço qualificado²²³. Dessas 8 horas diárias, pelo menos 2 horas diárias deverão ser veiculadas no horário nobre, metade das quais produzida por produtora brasileira independente. Além disso, na oferta de conteúdos audiovisuais ofertados para aquisição mediante modalidade avulsa de conteúdo em catálogo e modalidade avulsa de conteúdo programado, no mínimo 10% (dez por cento) dos conteúdos que integrem espaço qualificado ofertados no catálogo deverão ser brasileiros, conforme art. 17 da iniciativa legislativa. Ademais, o PL 29/2007 estabelece que não mais do que 25% (vinte e cinco por cento) desses canais sejam controlados por um mesmo grupo econômico (art. 18, § 1º, inciso I). As cotas de conteúdo nacional supracitadas têm impacto profundo na estrutura da cadeia de valor da comunicação social eletrônica. Retomaremos este assunto no próximo capítulo para mostrar de que forma isso ocorre e quais as possíveis conseqüências de sua implementação.

(viii) Outras restrições à atuação das empresas de telecomunicações (art. 6º): as prestadoras de serviços de telecomunicações e suas controladas, controladoras ou coligadas, não poderão, com a finalidade de produzir conteúdo audiovisual, inclusive para sua veiculação no serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (a) adquirir ou financiar a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional; e (b) contratar talentos artísticos nacionais de qualquer natureza, inclusive direitos sobre obras de autores nacionais.

A proposta legislativa em comento proíbe irreversivelmente a contratação de artistas ou direitos autorais nacionais por empresas de telecomunicações. Isso tudo para a

²²³ O art. 2º, inciso IX, do PL 29/2007 define espaço qualificado como o espaço total do canal de programação ou do catálogo de conteúdos audiovisuais excluindo-se conteúdos religiosos ou políticos, manifestações e eventos esportivos, concursos, publicidade, tele vendas, infocomerciais, jogos eletrônicos, propaganda política obrigatória, conteúdo audiovisual veiculado em horário eleitoral gratuito e conteúdos jornalísticos, excetuados destes últimos os programas de debates e comentários;

situação em que empresas de telecomunicações, mesmo nacionais, queiram produzir conteúdo brasileiro. Fica claro que o objetivo do Substitutivo parece não ser proteger o conteúdo brasileiro em si, mas criar uma reserva de mercado para algumas empresas de produção e programação brasileiras. Com isso, chega-se ao absurdo de proibir uma empresa brasileira de telecomunicações, como a Telemar/Oi, por exemplo, de contratar talentos artísticos nacionais para produzir conteúdo nacional: esse conteúdo não será considerado brasileiro para os fins desta Lei, caso seja ela aprovada.

Evidentemente, muitas dessas proposições beneficiariam apenas os proprietários das atuais empresas jornalísticas e de radiodifusão, únicas pessoas com capital constituído de acordo com tal limitação e conhecimento para ingressar em tais mercados. Desse modo, estar-se-á criando impérios da comunicação de magnitude ainda maiores que os atualmente instalados no Brasil.

Por óbvio que o espírito da Carta Magna de 1988 não se coaduna com esse tipo de iniciativa, que fulminaria com todos os avanços decorrentes da expansão do uso dos meios de comunicação social eletrônica e da inclusão digital que esse processo permitiu.

4.8 – O risco da imposição forçada do conteúdo nacional

O ponto central das discussões sobre o tema das regras sobre o conteúdo eletrônico no Brasil pairam, mormente, sobre o binômio pluralidade e defesa ou fomento ao conteúdo eletrônico de origem nacional.

A lógica por trás da imposição de cotas de conteúdo eletrônico nacional parece simples e razoável. O objetivo auto proclamado das cotas de conteúdo é criar estímulos para o setor de produção, programação e empacotamento de conteúdo eletrônico no Brasil, assegurando uma fatia de mercado a essas empresas. Com isso, haveria a indução econômica necessária à “produção de audiovisual brasileiro, atividade de altíssimo valor agregado e que oferece grandes possibilidades de geração de emprego de alta qualificação e renda”²²⁴. O predomínio do conteúdo estrangeiro dessa forma, seria rachado pela garantia de veiculação de conteúdo nacional. A justificativa é a de que a produção de conteúdo audiovisual eletrônico brasileiro constitui atividade de altíssimo valor agregado e que oferece grandes possibilidades de geração de emprego de alta qualificação e renda. O que se visa é, portanto, com a introdução de um sistema de cotas de conteúdo é fortalecer da pluralidade das informações ofertadas ao assinante e, simultaneamente, incrementar a quantidade de conteúdo nacional disponível.

A questão das cotas, ainda mais da forma como discutida no Brasil, porém, revela quatro preocupações fundamentais.

A primeira delas refere-se à questão daquilo que de fato está sendo protegido. Todas as propostas e debates até o momento têm se concentrado na defesa de um conteúdo eletrônico brasileiro embasado na definição de conteúdo nacional contida na Medida Provisória -

²²⁴ Parecer do Relator do PL 29/2007, deputado Jorge Bittar (PT/BA), à Comissão de Ciência Tecnologia Comunicação e Informática – CCTCI da Câmara dos Deputados, p. 19. O referido Parecer informa ainda que, enquanto foram registrados no Brasil, no primeiro semestre de 2007, 29 filmes de longa metragem, as operadoras estrangeiras registraram 3.474 – uma proporção de um para cem, praticamente. Ainda segundo a Agência, na televisão aberta, longas nacionais representaram 5% do total de filmes exibidos em 2006, e as séries, pouco mais de 25%. O levantamento apontou ainda que, no primeiro semestre de 2007, na televisão paga, de 10 canais de filmes, em 3 não houve veiculação de obras nacionais e nos outros 7 o conteúdo nacional foi inferior a 2% do total de filmes exibidos.

MP nº 2.228-1, de 6 de outubro de 2001, conhecida como MP da Ancine. Esta MP define conteúdo nacional como conteúdo brasileiro aquele produzido por brasileiro ou por empresa de maioria de capital de brasileiros ou aquele produzido em regime de co-produção com empresas estrangeiras.

Por meio dessa definição percebemos que o que se protege então é o conteúdo em si e não o conteúdo de teor nacional. Ora, por essa lógica, se uma empresa produtora nacional produzir um filme sobre futebol americano, esse conteúdo será imediatamente considerado conteúdo nacional e terá, portanto, direito às cotas de conteúdo. Já se uma empresa produtora estrangeira filmar um filme no Brasil, com elenco brasileiro e sobre um tema pátrio, como o carnaval, por exemplo, tal produção não poderá ser considerada conteúdo nacional de acordo com a definição de conteúdo nacional da MP n.º 2.228-1/2001. MP n.º 2.228-1. Diante disso, temos de nos indagar se o que se quer proteger é de fato o conteúdo e o interesse nacional, com seus valores e manifestações culturais, ou se criar uma reserva de mercado para determinadas empresas produtoras e programadoras nacionais de conteúdo eletrônico.

Em artigo publicado no *New York Times Book Review*²²⁵, Richard Posner analisa a questão de um outro ângulo. Posner sustenta que a maior diversidade e equilíbrio do conteúdo eletrônico, proveniente das novas mídias, a ser distribuído ao público deve ser resultado da mais ampla liberdade de atuação desses canais de comunicação. Recursos de filtragem²²⁶, ou seja, de direcionamento para determinado conteúdo, não devem ser utilizados. Em outras palavras, Posner defende que deve haver liberdade de meios, e não filtragem de conteúdos.

²²⁵ Posner, A. Richard. "Bad News". N.Y Times Book Review, July 31, 2005.

²²⁶ A expressão utilizada por Posner é *unfiltered media*, no seguinte contexto: "Some critics worry that "unfiltered" media like blogs exacerbate social tensions by handing a powerful electronic platform to extremists at no charge".

O segundo problema relacionado com o tema das cotas de conteúdo eletrônico é o alto custo econômico geralmente associado com essa medida. Em casos como o do Canadá, por exemplo, após a imposição de um regime agressivo de cotas de conteúdo, como reação contra a invasão de conteúdo americano, o que se conseguiu foi somente a redução da base de assinantes de serviços de TV por Assinatura²²⁷. Isso porque o impacto nas despesas dos distribuidores de conteúdo eletrônico, ou seja, das empresas de telecomunicações que são obrigadas a carregar o sinal e os canais determinados pelas cotas, tornou-se demasiado elevado para alguns assinantes dos serviços. Imagine-se o impacto econômico num provedor de Internet obrigado a filtrar ou adquirir conteúdos nacionais nas proporções definidas pelas cotas de conteúdo para contrabalançar eventuais conteúdos de origem estrangeira.

Como a cadeia de valor da atividade econômica da comunicação social eletrônica está toda correlacionada, a alteração nos custos de produção, programação ou empacotamento podem resultar em aumentos substanciais no preço dos serviços que serão transmitidos para o consumidor final²²⁸.

O terceiro equívoco de análise da necessidade da imposição de cotas de conteúdo nos meios de comunicação social eletrônica é o raciocínio inicial de que o conteúdo brasileiro estará sempre em desvantagem, mesmo que tenha mais qualidade do que os conteúdos

²²⁷ Impactos Econômicos das Cotas e Desestímulo ao Capital Estrangeiro no Mercado Brasileiro de Televisão por Assinatura. Pezco Pesquisa e Consultoria. São Paulo 25.2.2008, p. 52.

²²⁸ Impactos Econômicos das Cotas e Desestímulo ao Capital Estrangeiro no Mercado Brasileiro de Televisão por Assinatura. Pezco Pesquisa e Consultoria. São Paulo 25.2.2008, p. 21.

estrangeiros. Assumir acriticamente este pressuposto é aceitar a priori a inferioridade intrínseca do conteúdo nacional brasileiro em relação aos seus concorrentes alienígenas.

Esse entendimento apriorístico, quando confrontado com a realidade, nos mostra um cenário diferente. Senão vejamos: em ambientes mais livres como na Internet, os usuários brasileiros naturalmente se dirigem a conteúdos brasileiros de qualidade, sem a necessidade de cotas de qualquer espécie. Dos 100 *sites* mais acessados por brasileiros, nada menos que 52 são nacionais²²⁹. E tendo em vista que a competição ocorre com *sites* como google, youtube, windowlive.com, yahoo, MSN, etc, esse resultado se torna ainda mais surpreendente. Se contarmos o conteúdo jornalístico então, a primazia dos *sites* brasileiros é mais soberana ainda. Esses números, por si só, são muito maiores que as cotas de conteúdo eletrônico impostas no mencionado PL n.º 29/2007. Ou seja, num ambiente mais livre, em que o consumidor tem mais liberdade para escolher, o conteúdo brasileiro de qualidade prevalece naturalmente, sem a necessidade de cotas de conteúdo. Devemos notar também que o conteúdo num ambiente livre pode ser produzido em massa pelos próprios usuários, como é o caso da *Wikipedia*, por exemplo. É o que Jonathan Zittrain chama de *Generative Internet* em seu artigo de mesmo nome²³⁰. Em vários ambientes *online* prevalecem os conteúdos criados por brasileiros e, portanto, conteúdos que podem ser considerados nacionais.

Oportuno lembrarmos que também na TV por Assinatura, os canais mais assistidos também são brasileiros. Em primeiro lugar na audiência estão os canais da TV aberta,

²²⁹ Disponível em http://www.alexa.com/site/ds/top_sites?cc=BR&lang=none&ts_mode=country. Acesso em 25.10.2008.

²³⁰ Zittrain, Jonathan. *The Generative Internet*. 119, Harvard Law Review, Beckman Center Research Publication n.º 2006/01. Working Paper n. 28/2006.

cuja grade de programação os serviços de TV a Cabo, por exemplo, são obrigados a carregar²³¹. Depois vêm canais nacionais como o *GNT*, o *GloboNews*, o *SportTV*, etc. Finalmente, é oportuno lembrarmos que mesmo que muitos canais tenham uma origem estrangeira, vários já foram dublados, legendados ou até mesmo adaptados à língua e ao gosto brasileiros²³².

Por fim, a quarta controvérsia a ser vencida para a imposição de cotas de conteúdo é legal. Em primeiro lugar porque a imposição de cotas de conteúdo eletrônico vai contra os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e contra o princípio da Lei Geral de Telecomunicações, de que a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público, conforme estabelecido no art. 128, inciso I, da referida Lei. O que poderia ser feito, ao invés de instituir cotas de conteúdo, é criar incentivos para o setor de produção de conteúdo nacional, nos termos do art. 174 da Constituição Federal.

4.9 – Problemas e entraves regulatórios da comunicação social eletrônica no Brasil

Diante do exposto neste capítulo e levando em consideração as questões abordadas nos anteriores, é possível delinear, bem sucintamente, os principais fatos e

²³¹ Esta é a regra do *must carry*, estabelecida no art. 23, inciso I, alínea “a”, da Lei n.º 8.977, chamada Lei do Cabo. Tal regra exige que as TVs a Cabo carreguem o sinal das TVs abertas e os transmitam de forma “integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação da programação de emissoras geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens”.

²³² Entre as 100 exibições de maior audiência da TV por assinatura em 2008, 95 são da Globosat (Fonte: Ibope MW - 6 mercados - tabela de programação - 1º semestre de 2008, total do dia); entre os 4 canais citados como fundamentais para a manutenção da assinatura entre os assinantes, 3 são Globosat (15ª Pesquisa de Penetração de TV por assinatura-Ibope); entre os 6 primeiros canais de maior *recall* da TV por assinatura no Brasil entre o mercado publicitário, 5 são Globosat (Fonte: Painel de Mídia e Veículos 2007); cerca de 56% do tempo médio dedicado pelo público à TV por assinatura no horário nobre estão distribuídos entre os Canais Globosat (Fonte: Ibope Media Workstation, 6 mercados, média do 1º semestre de 2008 (até 22/06/2008). Disponível em: <http://globosat.globo.com/internas/quemsomos.asp> . Acesso em 12.8.2008.

problemas que afetam a comunicação social eletrônica no Brasil. Estes entraves são, conjuntamente, de ordem regulatória, jurídica e econômica. São eles:

(i) A baixa penetração dos meios de comunicação social eletrônica no Brasil. Como vimos no Capítulo II, existe no Brasil uma baixa penetrabilidade dos serviços de TV por Assinatura, de serviços de conteúdo em celulares de terceira geração, do número de acessos à Internet banda larga;

(ii) O marco regulatório está defasado e desatualizado no que tange à comunicação eletrônica. O atual marco regulatório das telecomunicações, construído entre 1995 e 1997, é incapaz de fazer frente ao fenômeno da convergência tecnológica;

(iii) Os recursos do Fundo de Universalização das Telecomunicações, o Fust, nunca foram utilizados para o seu devido fim, o que poderia ajudar a disseminar os serviços de telecomunicações que transmitem informação eletrônica;

(iv) A tendência legislativa de regular a própria produção e distribuição do conteúdo eletrônico e não os meios físicos de distribuição desse conteúdo. Exemplo é o foco estratégico em implementar cotas de conteúdo em vez de procurar aumentar a diversidade de meios de comunicação; ou seja, há uma perda do objeto da convergência tecnológica;

(v) A legislação de TV a Cabo brasileira restringe, parcialmente, a atuação do capital estrangeiro em serviços de TV a Cabo. Tal restrição gera desinteresse em investimentos externos e acaba por onerar o mercado nacional;

(vi) As concessionárias de telefonia fixa (STFC) estão vedadas de prestarem livremente serviços de TV a Cabo, mesmo já sendo detentoras da infra-estrutura necessária a essa prestação. Essa restrição é resquício anacrônico do tempo em que as concessionárias de telefonia fixa eram monopólios estatais e procurava-se impedir que competissem com empresas privadas de TV a Cabo.

(vii) Riscos de que uma restrição ao conteúdo veiculado na Internet deturpe seu atual modelo. Praticamente todas as sugestões de imposição de restrições e amarras ao conteúdo eletrônico, se aplicadas à Internet, têm o condão de pôr em risco a essência da rede mundial de computadores, que foi baseada em um modelo de livre circulação de informações;

(viii) A alta carga tributária para serviços de telecomunicações. O Brasil possui a 3ª carga tributária mais alta do mundo para o setor de telecomunicações, que onera, de um lado as empresas e, na ponta, o consumidor²³³.

(ix) Imposição de cotas de conteúdo eletrônico descoladas do objetivo principal do interesse público, que é baseado no binômio qualidade e diversidade;

²³³ Lembramos que a carga tributária no Brasil sobre os serviços de telecomunicações é de cerca de 43%, hoje a 3ª maior do mundo. Os impostos incidentes sobre o serviço são o PIS, COFINS, FISTEL – Taxa de Fiscalização de Instalação e Funcionamento de Estação, FUST, FUNTTEL – Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações, ICMS, TPU – Termo de Permissão de Uso (direito de passagem). Em certos estados, como no Rio de Janeiro e no Pará, em razão da maior alíquota de alguns desses tributos, o percentual da carga tributária chega a quase 57%. Disponível em: http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialtrib/pagina_4.asp. Acesso em 14.8.2008.

(x) Inexistência de restrições à propriedade cruzada a alguns meios de comunicação. É saudável para o ambiente competitivo que uma rede de TV aberta detenha também um jornal de grande circulação, uma rede de TV a Cabo, um provedor de acesso à Internet e a propriedade da rede de telefonia fixa numa mesma localidade? Em princípio não parece ser razoável.

Os problemas e fatos anotados acima servirão de base para algumas das propostas de soluções, sugestões, considerações e análises para o setor da comunicação social eletrônica no Brasil, que elaboraremos no próximo capítulo. Para a construção sensata dessas respostas e para um entendimento mais profundo da questão, porém, é fundamental que algumas perguntas em relação ao conteúdo eletrônico sejam colocadas: Em relação à comunicação social eletrônica, ter mais opções e canais de programação é sempre melhor? O que é ser ou ter um conteúdo melhor? O Estado deve ou pode subsidiar um meio ou tecnologia de comunicação eletrônica? O Estado pode ou deve subsidiar determinados programas de comunicação eletrônica?

Certamente a resposta para estas perguntas não é clara, mas num panorama de convergência tecnológica elas estarão cada vez mais presentes em diferentes e novos meios de comunicação eletrônica.

V ALGUMAS PROPOSTAS DE SOLUÇÃO PARA A REGULAÇÃO DA COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA NO BRASIL

5.1 – Três enfoques para o problema da comunicação social eletrônica no Brasil

Logo na introdução do presente estudo, nos dispusemos a elaborar propostas para três enfoques principais. A escolha desses três enfoques não elimina, evidentemente, a proposição de sugestões concomitantes sob outras perspectivas.

Os enfoques são os seguintes: (i) a necessidade e a possibilidade de diversificação na produção, programação e distribuição de conteúdo eletrônico, com liberdade para que os atores de telecomunicações e de radiodifusão compitam entre si na disponibilização de conteúdo eletrônico ao usuário final; (ii) a garantia de um cenário competitivo nas redes de telecomunicações, e na Internet em especial, por meio da aplicação dos princípios de neutralidade de rede e de regras antitruste; e (iii) a avaliação de algumas possibilidades de atuação pública para o enfrentamento dos problemas do acesso à comunicação social eletrônica no Brasil, num ambiente de competição.

A escolha desses três enfoques foi motivada por três razões principais. A primeira razão é que constituem, direta ou indiretamente, parte da discussão que envolve as tentativas de solução dos desafios da convergência tecnológica em vários países. De fato, tanto nos Estados unidos como na Europa, o tema do impacto da convergência tecnológica sobre as atividades relacionadas à comunicação social eletrônica são enormes²³⁴.

²³⁴ Exemplo disso é a inclusão de um capítulo II na clássica obra *Telecommunications Law and Policy*, enciclopédia do setor de telecomunicações nos Estados Unidos. O capítulo foi intitulado de “*The Emerging Video Marketplace*”

A segunda razão reside no fato de que todos os três enfoques parecem deter características de imutabilidade no tempo. Em parte porque não se amparam unicamente na norma jurídica, que é dinâmica e passível de alteração, e em parte porque não se apóiam em questões meramente tecnológicas, também sujeitas a rápidas mutações no transcurso do tempo. Procuraremos analisar estes três enfoques mais sob a ótica principiológica e histórica do que propriamente jurídica. A idéia não é o aprofundamento em detalhes técnicos, mas sim o delineamento de um conjunto de ações e cuidados necessários para a vigência, no Brasil, de um ambiente com grande pluralidade de fontes de informação, sem reserva de mercado para conteúdos específicos e com o próprio Estado, caso seja necessário, atuando para promover o acesso aos meios de comunicação social eletrônica.

Finalmente, a escolha dos enfoques foi feita com base na universalidade de suas aceitações, em maior ou menor grau, nos países que utilizamos para análises comparativas e pela possibilidade de um tratamento mais empírico do tema, já que a bibliografia a respeito, especialmente em relação à neutralidade de rede, não obstante recente, já pode servir de base para a construção de propostas mais concretas.

5.2 – Os benefícios e os limites da diversidade de fontes de informação na comunicação social eletrônica

5.2.1 A dimensão jurídica

Já analisamos longamente neste trabalho alguns dos benefícios trazidos pela difusão do acesso das pessoas às ferramentas eletrônicas de comunicação e informação. Falamos mais brevemente, também, da importância da diversidade de conteúdo eletrônico e da pluralidade de fontes de informação.

A dimensão jurídica dessa importância, por sua vez, é mais imediata e de mais fácil apreensão. Existem duas formas de exercício da expressão, quais sejam, a interior e a exterior. A interior vem a ser a liberdade de pensamento, que consiste no direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pensa em ciência, religião, arte ou o que for²³⁵. Essa forma de liberdade pressupõe a coexistência entre pessoas para a troca de suas visões e concepções de mundo. O homem não vive concentrado em si mesmo, em torno de sua própria pessoa, mas tem a inclinação constante de se expressar e se comunicar²³⁶.

Existe também a forma exteriorizada do pensamento, ou seja, a livre opinião que se divulga pelo exercício das liberdades de comunicação, religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural, e de transmissão e recepção do conhecimento²³⁷. Alexandre de

²³⁵ Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 240.

²³⁶ A Constituição Federal Brasileira - CF assegura, em seu artigo 5º, VI, a liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica e política, proporcionando a todos o direito de acreditar no que lhe aprouver, bem como o direito de não acreditar ou aderir a qualquer corrente filosófica ou religiosa. Note-se, contudo, que este direito é uma forma de liberdade interior à pessoa, que possui livre arbítrio para optar por suas crenças religiosas ou por suas correntes filosóficas, ou mesmo não optar por nenhuma delas.

²³⁷ Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 243.

Moraes explica que a liberdade de manifestação do pensamento não pode sofrer nenhum tipo de limitação prévia no tocante à censura de natureza política, ideológica e artística²³⁸.

Podemos dizer, portanto, que a liberdade do pensamento envolve assim, um primeiro momento, que é interno, quando se forma o pensamento, a opinião, e um segundo momento, quando esse pensamento é exteriorizado, manifestado. Constrói-se, dessa maneira, a opinião do indivíduo, que ele, como expressão ainda da liberdade de pensamento, já sob sua vertente exterior, tem o direito de propagar. Segundo ensina Frederico Caldas, a opinião constitui exatamente este “movimento do pensamento de dentro para fora; é a forma de manifestação do pensamento, resume a própria liberdade de pensamento, encarada aqui como manifestação do fenômeno social”²³⁹. Em um primeiro momento, portanto, a liberdade de informação revela-se pelo direito que pessoa tem de informar, de comunicar, enfim de exteriorizar sua opinião²⁴⁰. É certo, porém, que a tanto não se resume a liberdade de informação. Ela configura, mais ainda, um direito coletivo, pois inclui o direito de o povo ser bem informado²⁴¹.

É com isso em mente que Bitelli sustenta que o direito à comunicação social, mais que mero luxo ou acessório supérfluo, constitui parte integrante do direito constitucional à

²³⁸ Moraes, Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 67.

²³⁹ Caldas, Pedro Frederico. *Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*. São Paulo Saraiva, 1997. p. 59.

²⁴⁰ José Afonso da Silva coloca que “o direito de informar como aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses direitos em direitos de feição coletiva”. O mesmo autor arremata que “a liberdade de imprensa nasceu no início da idade moderna e se concretizou – essencialmente – num direito subjetivo do indivíduo se manifestar o próprio pensamento: nasce pois como garantia da liberdade individual. Mas ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade á informação”. Ver Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 244.

²⁴¹ Nobre, Freitas. *Imprensa e Liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*. São Paulo: Summus, 1988, p. 33-34.

cultura e à dignidade da pessoa humana²⁴². Também é da mesma opinião Celso Fiorillo, que defende que todo brasileiro tem direito de acesso à informação captada através dos meios eletromagnéticos; com isso, esse espectro eletromagnético “passa a desempenhar papel importante de informar e formar a população através da educação de todos os níveis”²⁴³.

5.2.2 – *A dimensão social*

A discussão acerca da dimensão social dos benefícios e eventuais limites para a diversidade de fontes de informação na comunicação social eletrônica é bastante complexa e não é o propósito deste trabalho aprofundá-la em demasia.

A nosso entender, há duas vertentes sociais distintas visíveis em relação à comunicação social eletrônica. A primeira, que abrange as mídias comerciais e a busca incessante por uma parcela do bolo publicitário. Posner coloca que essa ânsia frenética atrás de receitas publicitárias faz com que os meios de comunicação, em geral, tornem-se mais sensacionalistas, inclinados a dar mais publicidade a escândalos e menos propensos a fazer jornalismo com prudência e apuro²⁴⁴. Da mesma forma são tentados a distorcer e moldar a informação para atender ao império da maior demanda.

Por outro lado, Posner argumenta que a derrubada dos gargalos nos meios de comunicação eletrônica, decorrente dos avanços da tecnologia, podem ser bastante benéficos. O

²⁴² Bitelli, Marcos Alberto Sant’Anna. O Direito da Comunicação e da Comunicação Social. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 173.

²⁴³ Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13.

²⁴⁴ Posner, A. Richard. “Bad News”. N.Y Times Book Review, July 31, 2005.

autor em comento ilustra essa situação com o seguinte caso: imagine-se uma pequena cidade, onde existem somente dois jornais. Um tenderá a ser politicamente mais liberal e o outro mais conservador, deixando um vácuo no universo de leitores de centro. Diante disso, o jornal liberal não poderá ser tão liberal nem o conservador poderá ser tão conservador, já que procurarão angariar leitores de centro. Este gargalo, portanto, tem o efeito de fazer convergir pontos de vista distintos. Posner prossegue em sua conjectura, supondo a entrada de um terceiro jornal. Nessa situação, tanto o jornal liberal quanto o conservador não mais poderiam deixar de transparecer seus pontos de vista sob o risco de perder leitores.

Posner aponta, neste estudo, para a conclusão de que, quanto maior o número de veículos de comunicação existentes, maior a quantidade de representações de pensamento que estará disponível para o público²⁴⁵.

A segunda vertente da dimensão social da comunicação eletrônica é a privada. Ou seja, o uso não público da razão. Nesse ponto é importante lembrar que Rawls faz uma distinção entre o uso público e “não-público” da razão²⁴⁶. Uso público da razão, para Rawls, é aquele que está de alguma forma vinculado à competência ou jurisdição governamentais, como os debates parlamentares etc. O uso não-público, ou privado, corresponde às atividades não governamentais ou grupos privados, como Igrejas, universidades e *tutti quanti*. Essa segunda categoria parece assemelhar-se ao que Habermas entende por rede não oficial de comunicação

²⁴⁵ Posner sustenta que o aumento de competição na comunicação eletrônica resultou em mais variedade, mais polarização, mais sensacionalismo, mais ceticismo saudável e, em suma, numa oferta mais específica para a demanda em jogo.

²⁴⁶ Rawls, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia Publisher, 2005, p. 220.

entre pessoas, sistema nervoso central da esfera política pública²⁴⁷. Referimo-nos à livre circulação de informações por meios eletrônicos entre as pessoas privadas, incluindo a Internet, o conteúdo eletrônico transmitido por meio de aparelhos celulares e *tutti quanti*.

Estas duas esferas da comunicação social eletrônica, a comercial e a privada, que devem ser resguardadas e isentas de maiores interferências, podem se tornar alvos da implementação de cotas de conteúdo obrigatórias por parte do Estado, o que limitará a quantidade natural de canais privados e forçará sobre os usuários um determinado tipo de conteúdo. Além disso, a implementação de cotas de conteúdo para *download* de vídeos na Internet ou em aparelhos celulares beira mesmo, na dimensão jurídica, a ilegalidade.

5.2.3 – A dimensão econômica

Já discutimos em outras passagens deste trabalho alguns dos impactos da implementação de políticas de cotas de conteúdo eletrônico para os meios de comunicação social eletrônica. Neste ponto lembramos que a instituição de regras de cotas numa cadeia produtiva integrada como a do conteúdo eletrônico, que é constituído pelas atividades de produção, programação, empacotamento e distribuição de conteúdo eletrônico é extremamente significativa.

Tomando o exemplo do PL n.º 29/2007, que analisamos no Capítulo V deste estudo, temos que o custo marginal de produção de conteúdo para suprir as exigências de cotas

²⁴⁷ McCarthy, Thomas. Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue. *Ethics* Volume 105, Issue 1, Oct. 1994, p. 50.

passa de R\$, 0,83 bilhão para 3,33 bilhões no período de 4 anos²⁴⁸. O Estudo da consultoria Pezco mostra que diante desse incremento nos custos das operadoras de TV por Assinatura, o preço do pacote básico de Assinatura subiria, em média, mais de 90%.

Os efeitos perversos desse aumento de preços, de acordo com o referido estudo, não estão restritos somente ao consumidor. O choque de custos terá relevante impacto também na expansão de novas bases de rede, reduzindo, portanto, a penetrabilidade dos serviços de TV por Assinatura no Brasil. Os mais de 5 milhões de assinantes atuais do serviço passariam, em projeção elaborada pelo estudo em comento, para menos de 4 milhões em menos de 3 anos após a implantação do sistema de cotas, tal qual proposta no PL n.º 29/2007.

O estímulo ao conteúdo nacional, por conseguinte, não deve ser perseguido por meio da imposição de cotas de conteúdo eletrônico, mas sim por meio de outras políticas públicas. Uma delas seria, como já comentamos, o fomento à demanda de conteúdo nacional através de políticas na área educacional, o incentivo ao desenvolvimento global da cadeia integrada de valor da comunicação social eletrônica etc.

Dessa forma, é justo sim que de alguma maneira se fomente o conteúdo de qualidade de origem nacional, não somente no nível nacional como também no regional. O que deve ser evitado é a criação de reservas de mercado artificiais de conteúdo eletrônico que privilegiem determinados grupos econômicos nacionais em detrimento do direito público à informação e da pluralidade de fontes de informação. Ou seja, deve haver a plena possibilidade

²⁴⁸ Impactos Econômicos das Cotas e Desestímulo ao Capital Estrangeiro no Mercado Brasileiro de Televisão por Assinatura. Pezco Pesquisa e Consultoria. São Paulo 25.2.2008.

de diversificação na produção, programação e distribuição de conteúdo eletrônico, com liberdade para que os atores de telecomunicações e de radiodifusão compitam entre si na disponibilização de conteúdo eletrônico ao usuário final.

5.3 – O cenário competitivo na comunicação social eletrônica e a questão da neutralidade de rede

5.3.1 – Elementos da comunicação social eletrônica e o Direito Concorrencial

A pluralidade de fontes de conteúdo eletrônico só pode prevalecer dentro de um panorama em que viceje a liberdade de iniciativa e a liberdade econômica, sustentáculos e princípios constitucionais da ordem econômica. O princípio da eficiência da administração pública impele não apenas para o aperfeiçoamento na prestação de serviços pelo Estado como também na prescrição dos contratos de gestão firmados entre a mesma e os órgãos da administração direta e indireta. De fato, conforme aduz Celso Spitzcovisk, a administração pública não pode prescindir, no campo do direito administrativo econômico, dos princípios que regem a administração pública²⁴⁹.

Como vimos, a ação da administração pública deve levar em conta o interesse público no setor de comunicação social eletrônica, considerando as dimensões expostas no item anterior. E a melhor forma de garantir essa multiplicidade de fontes de informação é a proteção à ordem econômica, que deve ser posta em ação diante de casos de monopolização abusiva ou

²⁴⁹ Spitzcovisk, Celso. Princípios do Direito Administrativo Econômico. In “Curso de Direito Administrativo Econômico” (Org. José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopez Queiroz e Márcia Walquíria Bastista dos Santos). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 71.

condutas anti-competitivas²⁵⁰. Vimos também que a comunicação social eletrônica não deve ter seu conteúdo, em si, regulado. Contudo, a infra-estrutura de redes de telecomunicações que transporta e distribui o conteúdo pode e deve ser sim objeto de regulação. Em outras palavras, é com as redes de telecomunicações, que transportam o conteúdo eletrônico aos usuários ou telespectadores finais, que a administração pública deve se preocupar. A possibilidade de acesso a essas redes por parte das empresas é, em um primeiro momento, capaz de diversificar os canais e ampliar os próprios meios de comunicação social eletrônica.

A Lei Geral de Telecomunicações não entendeu diferente. Ela dispõe em seu art. 2º que o Poder Público tem o dever de adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços de telecomunicações. Os art. 5º e 6º do mesmo diploma normativo recuperam os princípios constitucionais de liberdade econômica e os torna aplicáveis, como se de resto não fossem, ao setor de telecomunicações. Vale apontar, outrossim, para o art. 155, que prescreve que, em prol do desenvolvimento econômico, as empresas de telecomunicações deverão, nos casos e condições fixadas pela Anatel, tornar disponíveis suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo. O que deve ser feito é estruturar o mercado de modo que este tenha condições de garantir a concorrência. A evolução tecnológica tornou essa realidade possível²⁵¹. A concorrência entre redes fixas e móveis permite a

²⁵⁰ Daniel Spulber distingue que há geralmente uma grande confusão acerca de três conceitos diferentes: a monopolização, o monopólio natural e o monopólio propriamente dito. O monopólio se refere a uma posição de mercado em que uma empresa não tem competidores estabelecidos mas em que há potenciais entrantes. O monopólio natural diz respeito a condições de demanda e tecnologias próprias de um determinado mercado, ou seja, um mercado onde uma certa demanda somente pode ser suprida por uma empresa. O autor sustenta que apenas a monopolização é que deve ser objeto de políticas antitruste. Ver Spulber, Daniel. *Competition Policy in Telecommunications*. In *Hand Book of Telecommunications Economics: Structure, Regulation and Competition*. (Org. Cave Martin). Amsterdam: Elsevier North-Holland, 2002, p. 479.

²⁵¹ Salomão Filho, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica, Princípios e Fundamentos Jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 126.

introdução de um novo paradigma competitivo no cenário das telecomunicações e prepara o terreno para a multiplicação dos meios de comunicação social eletrônica²⁵².

Spulber discorre sobre a existência de elementos e ações fundamentais para o engendramento de um regime concorrencial eficaz nas redes de telecomunicações que transportam e distribuem conteúdo eletrônico. Vamos a eles. O primeiro consiste no que a literatura técnica chama de *essential facility*²⁵³. O *essential facility* nada mais é que um gargalo ou dificuldade para que um outro prestador opere o mesmo serviço. O termo nasceu nos Estados Unidos, no caso em que a AT&T recusou-se a interconectar sua rede com a MCI, impedindo, portanto, que essa empresa prestasse serviços a seus usuários²⁵⁴. A idéia é que, havendo um controle maior sobre as infra-estruturas de *essential facilities*, seja possível o desenvolvimento de um ambiente de competitividade mais acirrada nos meios de comunicação eletrônica.

Um outro objeto enumerado por Spulber é a existência de barreiras de entrada²⁵⁵, que podem surgir por diversas razões e estão muitas vezes ligadas, em telecomunicações, à dificuldade econômica e técnica de se replicar ou duplicar uma rede. Com isso, mais que uma mera interconexão²⁵⁶, é necessário assegurar que outras empresas tenham

²⁵² Duesterberg, Thomas; Gordon, Kenneth. *Competition and Regulation in Telecommunications. The Case for a New Paradigm*. Indianapolis: Hudson Institute, 1997, p. 43.

²⁵³ Conceito interessante de *essential facility* é o utilizado pela *World Trade Organization*, que descreve a *essential facility* como o dispositivo de uma rede de transportes públicos em cujos serviços são exclusiva ou predominantemente prestados por um único prestador e que não estão sujeitas, técnica ou economicamente, a serem substituídas ou duplicadas por outro prestador. Disponível em http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/tel23_e.htm. Acesso em 12.9.2008.

²⁵⁴ MCI Communications Corp. v. AT&T, 708 F.2d p. 1132.

²⁵⁵ Spulber, Daniel. *Competition Policy in Telecommunications*. In *Hand Book of Telecommunications Economics: Structure, Regulation and Competition*. (Org. Cave Martin). Amsterdam: Elsevier North-Holland, 2002, p. 494.

²⁵⁶ O maior dicionário de telecomunicações, o *Newton's Telecom Dictionary*, define interconexão como o termo geralmente utilizado para descrever a conexão dos equipamentos de um usuário ou de sua linha telefônica às facilidades das empresas telefônicas locais. (Ver Newton, Harry. *Newton's Telecom Dictionary*. 18ª Edition. New York: COM Books, 2002, p. 380). A definição de interconexão provida pela LGT, em seu art. 146, § 1º é mais

também acesso à infra-estrutura das empresas *incumbents*²⁵⁷. De fato, as *incumbents*, como pontua George Stigler, não sofrem os riscos dos custos econômicos de longo prazo que uma nova empresa que construirá sua própria rede sofre. Da mesma forma a instalação de novas redes e investimentos em capacidades apresentam custos que não podem ser recuperáveis, os chamados *sunk costs*²⁵⁸. Com isso as empresas *incumbents* somente precisam cobrir os custos de operação, não os custos de instalação de capacidade das redes²⁵⁹.

Dessa forma, a interconexão de redes passou a desempenhar papel econômico relevante. Essa interconexão, que não era obrigatória no início, passou a se tornar mandatória primeiro pelas decisões da justiça americana, em razão das quais inclusive os proprietários das maiores redes passaram a ser chamar *common carriers*, ou seja, transportadores comuns de sinais de comunicação²⁶⁰. Isso porque a existência de uma empresa *incumbent*, que detém propriedade de grande parte da rede, pode constituir fator de impedimento da concorrência. O órgão regulador deve impor, dessa forma, obrigações isonômicas de interconexão, compartilhamento de redes e de *unbundling*, de modo que essas diferentes empresas possam usufruir do mesmo acesso e penetrabilidade das redes das *incumbents* e tornar viável a competição na oferta de serviços e distribuição de conteúdo eletrônico. A situação se torna mais urgente em razão da inviabilidade

precisa: “interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.

²⁵⁷ No caso brasileiro, podemos chamar de *incumbents* as concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC: Brasil Telecom, a Telemar/Oi e a Telefônica, empresas que são proprietárias das redes físicas da telefonia fixa. Não obstante mais recentemente o conceito de que as redes das *incumbents* estariam deixando de ser monopólios naturais, já que novas tecnologias já permitem que o tráfego de dados seja originado e terminado fora das redes das *incumbents*. Para ver mais sobre este assunto consultar: Zuckman, Harvey L. et al. *Modern Communications Law*. St. Paul: West Group, 1999, p. 996.

²⁵⁸ Stigler, Joseph G. *Barriers to Entry, Economies of Scale and Firm Size in the Organization of Industry*. Homewood, IL: Irwin, 1968, p.17.

²⁵⁹ Spulber, Daniel. *Competition Policy in Telecommunications*. In *Hand Book of Telecommunications Economics: Structure, Regulation and Competition*. (Org. Cave Martin). Amsterdam: Elsevier North-Holland, 2002, p. 495.

²⁶⁰ Brands, Henk; Leo, Evan T.. *The Law and Regulation of Telecommunications Carriers*. London: Artech House, 1999, p. 21.

econômica da duplicação ou construção de uma nova rede de telecomunicações com a envergadura da rede da *incumbent* já existente²⁶¹.

Nesse ponto, urge salientar o *unbundling*, que consiste no desagregamento de redes locais de telecomunicações, de modo que uma outra empresa possa alocar apenas determinados elementos de rede, não sendo obrigada a alocar partes integrais ou a totalidade da rede, de modo que o preço dessa alocação seja mais baixo²⁶². Ou seja, obrigando que uma empresa conceda a um preço justo e razoável, um elemento determinado de sua rede para outra provedora de serviço, é possível estimular a competição e ampliar o número de distribuidores de comunicação eletrônica. O *unbundling* é, de certa forma, previsto na Lei Geral de Telecomunicações, mas ainda não foi devidamente regulamentado de modo a ser factível sua implementação no Brasil. Na implementação do *unbundling* é necessário uma vigilância e fiscalização séria do órgão regulador, de modo que não ocorra a prática anti-competitiva da recusa de negociação, comum nessas situações²⁶³. Os preços dos elementos de rede devem estar bem delineados e deve haver um prazo para a concessão do *unbundling*.

Outros dois pontos chamam a atenção. Um deles é a venda casada de produtos ou pacotes de conteúdo eletrônico, tanto em serviços de TV por Assinatura como em ofertas de conteúdo sob demanda, como o *pay-per-view*. A oferta de produtos casados deve ser inibida, no que se refere ao conteúdo eletrônico, quando a empresa prestadora de serviço é a proprietária dos meios e redes de distribuição final ou é monopolista de determinados canais de

²⁶¹ Loetz, Sascha; Koenig, Christian. Framework for Network Access and Interconnection. In “EC Competition and Telecommunications Law” (org. Christian Koenig, Andreas Bartosch e Jes-Daniel Braun). Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 393.

²⁶² Benjamin, Stuart Minor et al.. Telecommunications Law and Policy. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2006, p. 825.

²⁶³ Gellhorn, Ernest. Antitrust Law and Economics. Washington D.C.: West Publishing, 1993, p. 147.

programação²⁶⁴. A possibilidade de venda casada de produtos nesse caso, ainda mais em face da convergência tecnológica, em que a empresa monopolista da rede pode oferecer simultâneos produtos, deve ser restringida de modo a preservar a competição e por conseguinte, a pluralidade de fontes de informação²⁶⁵.

O outro ponto é o subsídio cruzado. Devido a esse estado de quase monopólio da propriedade da rede fixa de telecomunicações, o subsídio cruzado também deve ser evitado. Este tipo de subsídio ocorre quando a *incumbent* utiliza ganhos obtidos em um mercado monopolizado para financiar a entrada em outro mercado, auferindo vantagem competitiva indevida nesse processo. A Lei Geral de Telecomunicações proíbe expressamente essa prática em seu art. 70²⁶⁶. O subsídio cruzado torna-se ainda mais perigoso à medida que a rede telefônica foi se transformando num elemento muito mais flexível²⁶⁷, de modo que serviria então para bancar operações de outros serviços num cenário convergente.

Objeto de profunda polêmica não apenas no setor de comunicação social eletrônica, mas também nas telecomunicações como um todo é o da imposição de restrições ao capital estrangeiro nas empresas com o intuito de proteger a indústria nacional. Ora, perguntam, se às TVs nacionais são impostas restrições ao capital estrangeiro por que não fazer o mesmo com outros meios de comunicação social eletrônica, como a TV a Cabo, os *downloads* de vídeo nos celulares e a própria Internet? Já discorreremos longamente sobre as diferenças intrínsecas

²⁶⁴ Spulber, Daniel. Competition Policy in Telecommunications. In Hand Book of Telecommunications Economics: Structure, Regulation and Competition. (Org. Cave Martin). Amsterdam: Elsevier North-Holland, 2002, p. 500.

²⁶⁵ Hovenkemp, Herbert. Antitrust. St. Paul: West Group, 1999, p. 151.

²⁶⁶ A Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações – EM n.º 231/MC, de 1996, coloca a eliminação dos subsídios cruzados entre serviços de telecomunicações como condição necessária para incentivar a competição no setor.

²⁶⁷ Costa, Carlos J. da. Telecomunicações: Passaporte para a Modernidade. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1996, p. 39.

entre a radiodifusão e os demais serviços de comunicação social eletrônica no Capítulo II e no item 4.1 do Capítulo IV. E essas diferenças, não obstante o fenômeno da convergência tecnológica que torna os serviços mais similares, são intransponíveis. Ou seja, não há o argumento que justifique a adoção de restrições de capital estrangeiro aplicáveis à TV aberta a esses outros serviços de comunicação social eletrônica, já que eles não são iguais. Na verdade são serviços diferentes e, enquanto tais, merecem tratamentos regulatórios distintos.

Três justificativas sugerem o descarte na aplicação de limites ao capital estrangeiro nos meios de comunicação social eletrônica. O primeiro deles, como dissemos, é a diferença intrínseca e intransponível entre a radiodifusão e os demais meios de comunicação social eletrônica. O segundo é que a imposição dessas restrições refreia o próprio processo de convergência tecnológica, que pode reduzir os custos dos serviços de acesso ao conteúdo eletrônico para os consumidores. Isso porque impedir as atuais empresas de telecomunicações, algumas das quais controladas por capital estrangeiro, de atuar no mercado de comunicação eletrônica inviabiliza a tendência estratégica mundial de *quadruple play* dessas empresas²⁶⁸. Ou seja, o que ocorreria seria a inevitável fragmentação de um mercado que precisa de escala e sinergia para oferecer preços para baixos para os consumidores. Por fim, é justo verificarmos que, em mais de 10 anos após as privatizações, o capital estrangeiro prestou grande serviço no desenvolvimento e difusão dos meios de comunicação social eletrônica. O ambiente livre da Internet vicejou, os celulares superaram a marca de 140 milhões de usuários etc. O que ficou mais cingido, como mostramos anteriormente neste trabalho foi justamente o serviço de TV a

²⁶⁸ O *quadruple play* consiste na oferta integrada de utilidades de voz, dados, acesso à Internet e mobilidade aos usuários, de modo que um único prestador proveja simultaneamente tais serviços. Este conceito de *quadruple play* foi retirado de Parecer do Dr. Floriano Azevedo Marques sobre a constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional – PEC n.º 55/2004.

Cabo, que possui grande limitação ao capital estrangeiro. Nos Estados Unidos, a restrição de 30% ao capital estrangeiro na TV a Cabo foi derrubada pela *Federal Court of Appeals* em 2001²⁶⁹. Pior até que essa restrição é a impossibilidade prevista na Lei de TV a cabo²⁷⁰, em seu art. 15, de impedir que as concessionárias prestem livremente, dentro de suas áreas de concessão também o serviço de TV a Cabo.

Um instrumento regulatório de grande eficiência para garantir a multiplicidade de fontes de informação sem a imposição de grandes restrições é a adoção de mecanismos limitantes à propriedade cruzada dos meios de comunicação social eletrônica. Exemplo maior dessa espécie de restrição está nos Estados Unidos, onde existe, por exemplo, vedações mais detalhadas, como a de que um único grupo ou indivíduo controle uma estação de televisão e uma editora de jornal no mesmo mercado ou mais de 6 estações de rádio e duas de televisão no mesmo mercado. Notamos que a restrição existe porque envolve uma empresa de radiodifusão²⁷¹. As restrições da nova regra variam com o número de participantes do mercado.

Vejamos o quadro²⁷² abaixo, que mostra a participação cruzada nos meios de comunicação em vários países:

1= Limitações de baixo impacto;
2=Limitações de médio impacto
3=Limitações de

País	Mais de uma empresa no setor	TV + Imprensa	TV + Rádio
------	------------------------------	---------------	------------

²⁶⁹ Para maiores informações sobre este tema, ver case *Time Warner Entertainment vs. FCC*, julgado na *US District Circuit Court of Appeals*, em 2 de março de 2001.

²⁷⁰ Lei n.º 8.977, de 6 de janeiro, de 1995, que dispõe sobre o serviço de TV a cabo e dá outras providências.

²⁷¹ Vale lembrar que o FCC está pretendendo relaxar estas regras, por meio de *uma Notice of Proposed Rule Making* – NPRM, apresentada em 2001.

²⁷² Value Partners Studies on Media-Telecom convergence. Disponível em:

www.valuepartners.com/vpsite/notizie/rep_040603_acquisizione_comunicatostampa.pdf. Acesso em 12.2.2006.

alto impacto			
X=Sem limitações			
Restrições fortes	FRANÇA	3	2
Restrições fortes	AUSTRÁLIA	2	3
Restrições fortes	ESLOVÁQUIA	3	2
Restrições fortes	ESLOVÊNIA	3	2
Restrições Moderadas	ITÁLIA	3	2
Restrições Moderadas	REINO Unido	2	2
Restrições Moderadas	ALEMANHA	3	2
Restrições Moderadas	IRLANDA	3	2
Restrições Moderadas	ÁUSTRIA	2	2
Restrições moderadas	BÉLGICA	3	X
Restrições Leves	ESTADOS Unidos	1	1
Restrições Leves	HOLANDA	1	2
Restrições Leves	ESPANHA	3	X
Restrições Leves	PORTUGAL	2	X
Restrições Leves	SUÉCIA	2	X
Restrições leves	DINAMARCA	X	X

No Brasil, a imposição de regras como esta em mercados já consolidados teriam grande repercussão nos tradicionais meios de mídia, já que seriam eles mesmos os maiores afetados. Basta lembrarmos que a Rede Globo de Televisão detém uma TV aberta, um jornal impresso de grande circulação, um provedor de Internet poderoso, uma operadora de TV a Cabo, a Net, tudo no mesmo mercado: o Rio de Janeiro. Ademais, como já dissemos, a Globosat controla mais de 90% dos canais de programação da TV por Assinatura brasileira. Os Estados

Unidos têm um remédio legal para isso: o limite máximo da audiência nacional que pode ser detido por uma operadora, que era de 35% e passou para 45% do total de audiência²⁷³.

Por fim, é oportuno notarmos que o exercício das atividades de controle e vedação de abusos mencionadas acima devem restringidas, sendo postas em prática somente no sentido de ensejar que as finalidades relevantes para a ordem jurídica econômica tenham efetividade²⁷⁴. Dentre essas finalidades relevantes podemos citar a moralidade administrativa, a proteção à livre concorrência, a efetividade na aplicação de sanções, o respeito às prescrições regulatórias, a continuidade do serviço público etc²⁷⁵.

A adoção de métodos de controle e defesa da concorrência deve ser utilizada em sintonia com a defesa do consumidor, para salvaguardar os direitos desses consumidores e nunca com o fim em si mesmo de restringir o poder de mercado de uma empresa ou amputar o sucesso econômico de outra²⁷⁶.

5.3.2 – A livre circulação do conteúdo eletrônico e a neutralidade de rede

A neutralidade de rede é tema ainda bastante incipiente no Brasil, mas, diante de sua ligação umbilical com a comunicação social eletrônica entendemos indispensável

²⁷³ Para mais informações sobre a tendência de regulação da propriedade cruzada nos Estados Unidos ver <http://www.fcc.gov/ownership/rules.html>. Acesso em 7.7.2008.

²⁷⁴ De fato, o art. 128 da Lei Geral de Telecomunicações dispõe que a Anatel, em suas atividades regulatórias, deverá observar a exigência de mínima intervenção na vida privada.

²⁷⁵ Marques Neto, Floriano Azevedo. *Discricionariedade e Regulação Setorial*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 593.

²⁷⁶ Cordovil, Leonor Augusta Giovane. *A Intervenção Estatal nas Telecomunicações, A visão do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 254.

dedicarmos item exclusivo para tratamento da questão²⁷⁷. Não obstante a escassez de literatura pátria sobre o tema, sua importância nos impele a analisá-lo sob o prisma do país que mais longamente, e de modo mais consistente, vem se debruçando sobre o assunto: os Estados Unidos.

Com esse intuito, iremos esclarecer, em primeiro lugar, o que se entende por neutralidade de rede para, em seguida, destacar os argumentos mais cogentes, tanto favoráveis quanto contrários à adoção do princípio da neutralidade de rede. Enfim, descreveremos as últimas disputas legais e regulatórias ocorridas a respeito, cujos argumentos certamente terão impacto na construção de uma futura regulação brasileira sobre o tema.

A conceituação de neutralidade de redes é importante para distingui-la de outras figuras similares, como a não discriminação de acesso à rede, conceitos esses que são, por vezes, confundidos aqui no Brasil. Pode-se entender a neutralidade de rede como um princípio de *design* da rede, segundo o qual a rede ou a empresa que a opera, seja em que nível for, deve ser neutra em relação aos pacotes de conteúdo que por ela transitam²⁷⁸. Talvez se possa entender melhor o conceito por meio de uma comparação que se faz correntemente, ainda que possa ser criticável. Vamos a ela.

A rede elétrica é construída, ainda que implicitamente, sobre um princípio de neutralidade de rede. Assim, a rede elétrica é neutra em relação a qualquer aparelho que alguém

²⁷⁷ O Ministério das Comunicações lançou em 22.4.208, Consulta Pública acerca de temas relativos às políticas públicas para o setor de telecomunicações, e que trata, na pergunta 18, sobre a possibilidade de regulamentação da neutralidade de redes.

²⁷⁸ Yoo, Christopher. Would Mandating Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-end Debate. *Journal of Telecommunications and High Technology*, 2004, p. 26. Nesse *paper*, Yoo procura saber se as empresas proprietárias da rede de telecomunicações têm incentivos econômicos para discriminar conteúdos de provedores que não sejam afiliados a elas.

possa conectar a ela numa mesma cidade. Pode-se conectar, da mesma forma, uma geladeira ou um *laptop* à rede elétrica, e ela não irá diferenciar a corrente elétrica por causa da diferenciação de aparelho. Da mesma forma, se uma rede pública de telecomunicações for neutra, ela não irá distinguir e influir sobre o conteúdo que nela transita. Voz ou dados, todos os tipos de informação serão tratados da mesma forma²⁷⁹. Seja esse conteúdo de origem de empresa competidora, seja de pessoas ideologicamente contrárias à filosofia da empresa, ele não pode ser discriminado ou desfavorecido frente a outros conteúdos em trânsito pela rede.

Com isso em mente, podemos entender melhor a importância do debate sobre a neutralidade de redes. Se a rede for neutra, um provedor de acesso banda larga não pode discriminar entre pesados pacotes de vídeos e pacotes de e-mails com apenas uma linha escrita. A rede deve tratar esses pacotes da mesma forma, sem priorizar de forma arbitrária nenhum deles. Também não pode discriminar quanto à origem dos pacotes, como é o caso quando eles se originam na rede de um concorrente. Esse comportamento é fundamental para a livre circulação do conteúdo eletrônico²⁸⁰. Por outro lado, é também fundamental definir a neutralidade negativamente; ou seja, mostrar o que a neutralidade de rede não é. A neutralidade de rede não implica obrigação de interconexão, não implica regulação de preços e não se confunde com a adoção de protocolos de interface padronizados como o *Internet Protocol* - IP, por exemplo.

²⁷⁹ Frischmann, Brett. An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management. *Minnesota Law Review*, Vol. 89, pp. 917-1030, 2005.

²⁸⁰ Memorandum Opinion and Order. AT&T Inc. and BellSouth Corporation: Application for Transfer of Control. FCC, Washington, 26 de Março de 2008.

Esse debate é fundamental para se saber qual o futuro da Internet. Por isso, é importante conhecer os argumentos apresentados tanto a favor da imposição regulatória da neutralidade de redes quanto contrários a essa imposição.

Existem vários argumentos que propugnam a implementação da neutralidade de redes, que são exemplarmente expostos pela Dra. Barbara van Schewick²⁸¹. O principal motivo, e que permeia os demais, consiste na hipótese de que, na ausência de uma regulação, é possível que os controladores da rede possam discriminar contra aplicações independentes e que tal discriminação possa gerar redução na capacidade de inovação da indústria em detrimento da sociedade.

Defensores dessa posição contendem que²⁸²:

- (i) há incentivos econômicos para os controladores da rede discriminarem contra provedores de conteúdo por eles não controlados ou a eles não afiliados²⁸³;
- (ii) Existe a criação de desincentivos para produtores de novos aplicativos inovarem, já que seus aplicativos e seus conteúdos eletrônicos poderão ser discriminados em favor de outros pertencentes aos controladores da rede;

²⁸¹ Um bom artigo contemplando esses argumentos é o artigo “Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation”, de autoria da professora Barbara van Schewick, publicado no Journal on Telecommunications and High Technology de 2007.

²⁸² Estes argumentos foram retirados mormente de: Van Schewick, Barbara. Towards an Economic Framework for Network Neutrality. Journal of Telecommunications and High Technology Law, 2007, p. 335.

²⁸³ Já existem hoje tecnologias disponíveis que capacitam operadores de rede e provedores de Internet de promover uma distinção entre diferentes aplicações utilizando para tanto a rede para controlar essa execução. Disponível em: www.cisco.com/en/US/products/ps6350/products_configuration_guide_cahpter09186a0080455985.html . Acesso em 1º.9.2008.

(iii) Há impacto relevante no bem-estar social dos usuários que terão um menor número de opções e tecnologias de aplicativos disponíveis e, portanto, estarão sujeitos a abuso de poder econômico por parte dos controladores da rede ou *incumbents*.

Com relação aos argumentos contrários à implementação de uma política de neutralidade de redes, temos, entre outros, os seguintes²⁸⁴:

(i) Há várias eficiências econômicas resultantes de uma integração vertical entre os controladores da rede e provedores de conteúdo afiliados, que podem ser repassadas ao usuário final;

(ii) Mesmo em casos onde houve essa integração, provedores de conteúdo não afiliados a controladores de rede preferiram conectar-se ao *backbone* dos controladores de rede do que construir uma rede totalmente nova. Foi o caso da fusão AOL-Time Warner²⁸⁵.

(iii) Caso os operadores de rede não possam auferir uma vantagem mínima no fato de serem detentores da rede, não mais investirão na ampliação ou em *upgrades* tecnológicos dessa mesma rede;

²⁸⁴ Para argumentos contrários à neutralidade de rede ver “*Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-End Debate*”, de Christopher S. Yoo, publicado no *Journal of Telecommunications and High Technology*, 2004. Interessante notarmos que o debate sobre a questão do *network neutrality* mobiliza não apenas o corpo regulatório mas também a academia nos Estados Unidos.

²⁸⁵ Faulhaber, Gerald R.. *Bottlenecks and Bandwagons: Access Policy in the New Telecommunications*. In *Handbook of Telecommunications and Economics. Technology Evolution and the Internet*. Amsterdam: Elsevier North-Holland, 2005, p. 514.

(iv) O custo da imposição de uma nova regulação tem duas vertentes ruins: aumenta o custo operacional como um todo, o que é sempre repassado aos usuários, e também aumenta o custo da máquina governamental administrativa para gerenciar, controlar e pôr em prática essas novas políticas, o que também incrementará a conta tributária do usuário.

Em 5 de agosto de 2005, a FCC publicou um *Policy Statement* que deitou as bases para a abordagem da Comissão sobre o tema²⁸⁶. Após mencionar a importância da Internet no contexto norte-americano, a FCC adotou a seguinte política a fim de encorajar a implantação de banda larga e preservar e promover a natureza aberta e interconectada da Internet pública a que os consumidores têm direito: acessar o conteúdo lícito da Internet de sua escolha; processar aplicativos e usar os serviços de sua escolha, sujeitando-se às necessidades da fiscalização; conectar à rede os aparelhos lícitos que não a danifiquem; direito à competição entre provedores de rede, aplicativos e provedores de serviço, e entre provedores de conteúdo.

Entretanto, as diretrizes contidas neste *Policy Statement* são apenas isso: diretrizes - e não normas infra-legais que não podem ser desobedecidas sob pena de sanção. A nota n.º 15 do referido documento afirma: “Portanto, não adotamos regras nesta declaração de política. Os princípios que adotamos estão sujeitos a um gerenciamento razoável da rede”. Ora, nesta nota se encontra todo o cerne da disputa atual. No fundo não há nenhum juízo firme da autoridade reguladora sobre a questão, apenas um indicativo da direção que poderia tomar no futuro. Em segundo lugar, ao afirmar que os princípios enunciados devem conviver com o gerenciamento razoável de rede, sem explicitar de que forma se daria esse gerenciamento, a FCC terminou deixando aberta a discussão sobre a neutralidade de redes de um modo geral.

²⁸⁶ Disponível em.: <http://www.techlawjournal.com/topstories/2005/20050805.asp> . Acesso em 3.8.2008.

Assim, em novembro do ano passado, várias empresas que defendem a neutralidade de redes entraram com uma petição contra a empresa Comcast, depois de descobrir que ela estaria, aparentemente, limitando a largura de banda disponível para usuários de serviços *peer to peer*²⁸⁷, como é o caso do aplicativo MSN. Várias empresas prejudicadas com esse tipo de prática logo se juntaram e peticionaram à FCC. A Sony, por exemplo, se posicionou contra a Comcast, afirmando que ela estava entrando no mercado de distribuição de vídeo pela Internet e essa prática afetaria diretamente suas intenções comerciais. Até mesmo corretores de imóveis que passaram a mandar vídeos sobre imóveis a clientes interessados reclamaram da prática que tornava muito lenta a visualização dos referidos vídeos.

Entretanto, segundo a Comcast e outras empresas prestadores de serviço de acesso banda larga à Internet, a prática é legítima porque, além de ser bastante restrita, visa apenas a garantir que os usuários de serviços *peer to peer* não monopolizem o tráfego da Internet e tais práticas estariam dentro de um gerenciamento razoável da rede²⁸⁸. Assim, os prestadores de acesso à Internet teriam o direito de gerenciar a quantidade de banda que esses usuários consomem para que todos os outros também pudessem utilizar, adequadamente, a Internet.

O problema tornou-se sério justamente com as aplicações providas pela empresa Bit Torrent. A Comcast implantou equipamento na rede para monitorar as conexões TCP de seus usuários usando “inspeção em profundidade de pacotes”, o chamado *deep packet*

²⁸⁷ As comunicações peer-to-peer são comunicações entre duas entidades que operam com o mesmo sistema de protocolo subjacente. (Ver Newton, Harry. *Newton's Telecom Dictionary*. 18ª Edition. New York: COM Books, 2002, p. 561).

²⁸⁸ Memorando Opinion and Order. Before the Federal Communications Commission, Washington, D.C, 20554, Docket n.º 07-52, 1º de Agosto de 2008.

inspection, para determinar quantas conexões são *uploads peer-to-peer*. Os internautas que usavam o protocolo de aplicações *peer-to-peer* associado à Bit Torrent passaram a sentir lentidão e quedas frequentes na conexão. Em algumas comunidades a Comcast interferiu, assim, em 40% e até em 75 % das conexões. 20% das conexões derrubadas não conseguiam ser restabelecidas dentro de um minuto²⁸⁹.

A questão diante da FCC era se a Comcast, um provedor de acesso banda larga à Internet, podia, de forma seletiva, interferir sobre aplicações em conexões *peer-to-peer*, usando *deep packet inspection*²⁹⁰ e injetando um protocolo de *reset*, i.e., reiniciando e derrubando a conexão, da maneira que fez. Apesar de a Comcast alegar que sua conduta era necessária para aliviar o congestionamento da rede, a FCC concluiu que sua prática discriminatória e arbitrária não constitui gerenciamento razoável da rede²⁹¹. O fato de a Comcast não ter claramente aberto para os usuários quais são exatamente suas práticas de gerenciamento da rede foi tomado como circunstância agravante. A FCC considera que a marca de uma prática razoável é justamente a transparência e abertura clara dessa prática para os usuários.

Em fevereiro de 2008, o Deputado pelo Estado de Massachussets, Edward Markey, apresentou um projeto de Lei chamado “Lei da Preservação da Liberdade da Internet”,

²⁸⁹ Memorando Opinion and Order. Befora the Federal Communications Commission, Washington, D.C, 20554, Docket n.º 07-52, 1º de Agosto de 2008.

²⁹⁰ O *Deep Packet Inspection* é uma tecnologia capaz de identificar e bloquear determinados tipos de conteúdo ou pacotes de dados, permitindo, portanto, a discriminação entre determinadas espécies de conteúdo. Disponível em: http://arstechnica.com/articles/culture/Deep-packet-inspection-meets-net-neutrality_ars. Acesso em 13.8.2008.

²⁹¹ A FCC deixou bastante claro que está julgando apenas e tão-somente o caso da Comcast. E o fez pelo processo de *adjudication* (em que trata de um caso específico, *ad hoc*), ao invés de *rulemaking* (em que estabelece um regulamento geral, válido para todos). A FCC não tratou de preços, de *unbundling*, ou qualquer outra regulação econômica. Também não impôs um padrão de gerenciamento de congestionamento de rede, deixando as empresas livres para agirem como achem apropriado. E isso é um problema, pois a FCC disse que não aceita uma determinada prática, mas não se sabem os exatos limites disso.

em que adota, agora com *status* legal, os princípios expostos na *Policy Statement* da FCC e ordena que a FCC conduza investigações para averiguar se as empresas estão bloqueando conteúdo de forma inconsistente com esses princípios.²⁹²

Ao que tudo indica, mesmo que algumas empresas solucionem o problema por meio do consenso privado, tendo em vista que existe um Projeto de Lei que trata do tema e que continuam as disputas acerca do gerenciamento de tráfego na Internet, é de se supor que a FCC se pronunciará em breve sobre o assunto, mesmo que seja para dizer que não irá regular a neutralidade de redes²⁹³. A FCC abriu uma portinhola sobre a, até hoje, intocada fortaleza da Internet: a grande pergunta é se isso indica uma tendência para um novo paradigma ou se é apenas punição para um abuso localizado e específico. A resposta a esta pergunta contém duas visões de mundo totalmente distintas: o clássico mundo *hands off* da Internet ou o mundo de uma certa regulação, inclusive com componentes ideológicas²⁹⁴.

Se no Brasil as tentativas de se implantarem mecanismos de controle do conteúdo eletrônico na Internet continuam incisivas neste momento, são possíveis maiores danos pelos reflexos da posição americana, de ampla influência nas telecomunicações pátrias, que podem apontar um novo rumo de governança da Internet e, portanto, de controle sobre o

²⁹² O texto original do Projeto pode ser visto em: <http://markey.house.gov/docs/telecomm/hr5353.pdf>. Acesso em 14/05/08.

²⁹³ Vários autores ainda acreditam que a posição da Agência americana em relação ao chamado *network neutrality* deve ser a “*wait and see approach*”. Ver: Lemley, Mark. *The End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*. Stanford Law School. John M.Olin Program in Law and Economics. Working paper n.º 207, 2000, revisado em 2007.

²⁹⁴ O Congresso americano, na seção 230(b) e 706(a) do *Communications Act* emendado, descreve sua política nacional para a Internet, que consiste em preservar vibrante e competitivo livre mercado que hoje existe para a Internet, promover o contínuo desenvolvimento da Internet e encorajar a implantação em tempo oportuno e bases razoáveis de banda larga para todos os americanos.

conteúdo eletrônico. A nosso ver políticas de neutralidade de rede são boas para evitarem o abuso por parte das *incumbents*, mas descortinam um horizonte de possibilidades que podem diminuir a liberdade de circulação de informações na Internet e pôr em cheque seu modelo de sucesso. A questão deve ser observada com cuidado e mereceria estudo mais detido.

5.4 – Estado e iniciativa privada na universalização do acesso à comunicação social eletrônica

Nos itens anteriores apresentamos um conjunto de medidas e políticas regulatórias e econômicas para a questão dos serviços que envolvem atividades de comunicação social eletrônica prestados por entes privados. Este item tem o propósito de ser um exercício de busca para um modelo teórico em que alguns serviços de acesso à comunicação social eletrônica poderiam ser providos diretamente pelos Estados e municípios, com fundamentos jurídicos nas razões de interesse público, discutidas no item 1.6 do presente trabalho. Nesse sentido, analisaremos primeiro a noção de sociedade de redes abertas e as hipóteses de participação dos entes federativos estaduais e municipais no provimento desse acesso. Depois analisaremos de que maneira estes entes da federação poderiam incentivar e mesmo criar certa uma competitividade entre estados da federação no provimento desses mesmos serviços de provimento de acesso.

Pela complexidade do tema, restringir-nos-emos a contemplar, dentre as espécies de comunicação social eletrônica, apenas o acesso à Internet banda larga, deixando questões como a TV por Assinatura e o conteúdo eletrônico acessado por meio de aparelhos celulares em aberto. Ressalvamos que a intenção deste empreendimento não é que os entes federativos sejam os provedores de conteúdo eletrônico de qualquer espécie, mas apenas dos

meios e canais de acesso necessários para se alcançar este conteúdo. Tal hipótese decorre do pressuposto de separação entre redes, serviços e o conteúdo eletrônico que transita pela rede.

Reconhecemos que a pretensão de aprofundar um tema espinhoso e controverso como este no presente trabalho requereria o avanço de dezenas de páginas. A intenção é abordar o assunto de maneira mais genérica, apontando os princípios de uma tal atividade e os pressupostos legais necessários para implementá-la. Contentamo-nos, por conseqüência, em lançar apenas algumas noções e ferramentas jurídicas úteis para o estudo da prestação de serviços de acesso à comunicação social eletrônica pelo Estado ou amparados pelo Estado.

5.4.1 – *A sociedade de redes abertas*

A proposta de separação entre redes e serviços, ainda, incipiente no Brasil mas já incluída no novo Plano Geral de Atulização da Regulamentação de Telecomunicações - PGR, é resultado do uso da noção de rede aberta e é aplicado normalmente à banda larga²⁹⁵. É provável que a sua aplicação no Brasil demande alterações na regulamentação e até mesmo na legislação de telecomunicações. Algumas características das redes abertas são as seguintes:

²⁹⁵ O conceito de rede aberta que utilizaremos na presente dissertação significa uma rede que detém as seguintes características: neutralidade tecnológica, servem a uma comunidade local, a propriedade e operação são independentes dos serviços e conteúdos que trafegam por elas e o acesso é simétrico (*Download = upload*) e de alta capacidade. Tal conceito difere do chamado *open access* da doutrina norte-americana. Nos Estados Unidos, o termo já adquiriu vários matizes do processo de desregulamentação das telecomunicações (ver Lemley, Mark. *The End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*. Stanford Law School. John M. Olin Program in Law and Economics. Working paper n.º 207, 2000, revisado em 2007, p. 58). Atualmente o termo é utilizado para representar o acesso aberto à Internet. Para mais informações ver: Farrell, Joseph; Weiser Philip. *Modularity, Vertical Integration and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age*. Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 17, n.º 1, Fall 2003, p. 91.

- (i) aplicam-se a comunidades e áreas geográficas específicas, como uma comunidade rural, uma rua, um bairro e até uma cidade inteira;
- (ii) provêem acesso aberto a todos – setores públicos e privados, corporações, residências - dentro de uma comunidade ou área geográfica;
- (iii) o controle e propriedade das redes abertas são totalmente independentes dos serviços e aplicações que por elas trafegam;
- (iv) não são de propriedade de prestadoras de serviços de telecomunicações;
- (v) são utilizadas para aplicações em banda larga, normalmente *wireless* e fibra ótica;
- (vi) proporcionam aumento efetivo da competição no provimento de serviços de telecomunicações.

Não é difícil verificar que a experiência internacional de telecomunicações tem mostrado grande interesse pela implantação de redes de banda larga por prefeituras. É o caso, por exemplo, da empresa americana Nortel, que em associação com algumas prefeituras propõe a oferta de acesso banda larga, por meio do WiMax, em municípios em sua área de atuação nos Estados Unidos²⁹⁶. Entre as razões desse interesse estão a redução de custo para provimento de serviços municipais, o aumento da eficiência e produtividade desses serviços, a promoção do

²⁹⁶ Disponível em: <http://www.dailywireless.com/press-releases/nortel-municipal-broadband-102306/> . Acesso em 9.9.2008.

desenvolvimento econômico e da competitividade, o desenvolvimento e inclusão social bem como a facilitação do acesso à Internet.

De fato, várias prefeituras, em todo o mundo, têm se valido de infra-estruturas *wireless* e de fibra ótica para compor suas redes de banda larga. Existem inúmeros exemplos de prefeituras que implantaram redes de banda larga, tanto com redes abertas como não abertas²⁹⁷. Em várias cidades da Europa e dos Estados Unidos, como na Philadelphia, por exemplo, as prefeituras outorgam concessão para empresas privadas operarem redes locais abertas e não raramente lançam mão de parcerias público-privadas. No Brasil, podem-se citar as iniciativas das prefeituras de Barra do Piraí, no Rio de Janeiro e de Sud Menucci, em São Paulo²⁹⁸. Oportuno observarmos também que o Ministério das Comunicações publicou, mas retirou logo em seguida, um edital para a realização de licitação para conexão à Internet por meio de banda larga sem fio em 160 cidades em todo o Brasil. O Ministério entendeu mais prudente discutir de forma mais aprofundada um modelo de negócios sustentável já que várias tentativas de se implementar cidades em todos o mundo fracassaram. Ainda mais em 160 cidades de maneira simultânea²⁹⁹. Não iremos nos deter, neste trabalho, na avaliação da viabilidade econômica ou no modelo de negócios ideal para a implementação das sociedades de redes abertas, apenas promoveremos análise regulatória do problema da implantação de cidades digitais, questão que não foi enfrentada de forma apropriada pelo Ministério das Comunicações e que pode vir a trazer problemas futuros. Ademais, a licitação promovida pelo referido Ministério ocorrerá através da

²⁹⁷ “Os Estados Unidos prepara a maior rede WiFi urbana do mundo”. Disponível em: <http://oglobo.globo.com:80/tecnologia/mat/2007/05/25/295896920.asp>. Acesso em 8.9.2007.

²⁹⁸ “TeleBrasil 2006: Modelo de Negócios para o Estado Digital”. Disponível em: <http://www.telebrasil.org.br/imprensa/artigos.asp?m=479>. Acesso em 4.6.2007.

²⁹⁹ Ribeiro, Lia. “Cidades Digitais: Minicom erra ao Queimar Etapas”. Disponível em: http://www.telesintese.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=9771&Itemid=10. Acesso em 27.10.2008.

União, o que não serve aos nossos propósitos neste estudo, já que o objetivo é fracionar, nas mãos de entes federativos menores, a prestação do serviço e a oferta de banda larga.

Oportuno salientarmos, ainda, que a implantação de redes abertas é um problema potencial para as concessionárias de STFC, já que significarão competição direta na prestação de serviços de provimento de acesso à banda larga. Realmente, dadas a complexidade técnica, financeira e regulatória que envolve o processo de implantação de redes de banda larga, portas para novos negócios podem ser abertas.

5.4.2. - Alternativas regulatórias e incentivos tributários para implantação de infra-estruturas de banda larga por prefeituras

Dentre as possibilidades de provimento de serviços de telecomunicações pelas prefeituras a seus administrados, vislumbramos que tal atividade seja provida por duas formas, quais sejam: por meio do Serviço Limitado Privado – SLP, em que a prefeitura executa, gratuitamente, o serviço, mediante autorização da Anatel; ou por meio do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, em que a prefeitura constitui empresa para prestar o serviço, mediante autorização da Anatel e contrata uma prestadora de SCM que provê este serviço também para os administrados.

Há basicamente duas maneiras de se viabilizar essa prestação pelas prefeituras. Numa primeira situação, a operadora da rede fornece capacidade, por venda no atacado, para que prestadoras de serviços de telecomunicações ofertem telecomunicação para os usuários finais.

Numa segunda situação a operadora da rede fornece acesso para todos, ou seja, para usuários e prestadoras de serviços de telecomunicações.

Oportuno avaliar também a legalidade da implantação de redes locais abertas por prefeituras. Tomemos as definições de serviço de telecomunicações e de telecomunicação contidas na Lei Geral de Telecomunicações³⁰⁰. Podemos enquadrar essas definições no contexto do setor e construir a seguinte conclusão: concessionária de STFC é aquela empresa que executa a telecomunicação, porque transmite a informação e presta serviço de telecomunicação, porque oferta (vende) a telecomunicação. A autorizada de SLP³⁰¹ executa a telecomunicação. E a autorizada de SCM faz exploração industrial de linha dedicada – EILD³⁰², ou seja, executa telecomunicação para que outra prestadora a oferte para seus usuários finais.

Dessa forma, temos que telecomunicação, que é a transmissão da informação, resulta numa consequência da operação de redes de telecomunicações³⁰³. A seqüência de raciocínio segue assim: opera-se uma rede de telecomunicação para executar a telecomunicação.

³⁰⁰ As definições se encontram no art. 60, caput e § 1º da LGT. São elas: serviço de telecomunicações: conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação; telecomunicação: 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.

³⁰¹ Transcrição do art. 7º do Regulamento do Serviço Limitado, aprovado pelo Decreto nº 2197, de 8 de abril de 1997: “Art. 7º O Serviço Limitado é classificado em duas modalidades: I - Serviço Limitado Privado: serviço limitado, telefônico, telegráfico, de transmissão de dados ou qualquer outra forma de telecomunicações, destinado ao uso próprio do executante seja este uma pessoa natural ou jurídica; II - Serviço Limitado Especializado: serviço limitado, telefônico, telegráfico, de transmissão de dados ou qualquer outra forma de telecomunicações, destinado à prestação a terceiros, desde que sejam estes uma mesma pessoa ou grupo de pessoas naturais ou jurídicas, caracterizado pela realização de atividade específica.”

³⁰² Exploração Industrial de Linha Dedicada - EILD é a capacidade fornecida por uma Prestadora de Serviços de Telecomunicações que detenha Concessão, Permissão ou Autorização a outra Prestadora de Serviços de Telecomunicações e consiste no aluguel de circuitos dedicados, transparentes a protocolos (“*clear channel*”), para a prestação de Serviços de Telecomunicações a terceiros.

³⁰³ A operação da rede, dentro do contexto desse documento, seria a execução da telecomunicação. No caso dos serviços prestados em base comercial, as prestadoras, como as concessionárias de STFC, executam a telecomunicação e a oferecem para os usuários.

Em seguida oferta-se e se vende a telecomunicação para se prestar serviço de telecomunicação. Levando em conta o art. 60 do Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução n.º 73/1998 e atualizado pela Resolução n.º 234/2000, pode-se concluir que, embora inerente à prestação de serviço de telecomunicações, a operação da rede não constitui propriamente um serviço de telecomunicações. Dessa forma podemos assertar que inexistente relação jurídica entre a operadora da rede e a Anatel e que a relação entre a prestadora de serviço de telecomunicações e a operadora da rede é regida simplesmente pelo direito privado.

Oportuno ressaltarmos que, na exploração de serviço de telecomunicações é assegurado à prestadora empregar equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam, sem prejuízo da reversibilidade dos bens, conforme previsto no instrumento de concessão ou permissão e contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço. De toda sorte, a prestadora continuará, em qualquer caso, responsável perante a Agência e os usuários, pela exploração e execução do serviço e manterá os vínculos contratuais junto aos usuários, no que se refere ao provimento do serviço. As relações entre prestadora e terceiros serão regidas pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e a Agência.

Nessa atividade, a prefeitura não pode outorgar concessão para prestação de serviço de telecomunicações, porque isso cabe à União, por intermédio da Anatel. Por outro lado, a prefeitura municipal pode outorgar concessão de serviço público de interesse local, como, por exemplo, de transporte coletivo, bem como instituir como públicos, os serviços tidos, implicitamente, como de sua competência. Nessa linha, a prefeitura poderia instituir como serviço público o provimento de acesso local a rede de telecomunicação, outorgar concessão para

uma empresa privada implantar, manter e operar, de forma ubíqua, uma rede local de telecomunicações e realizar licitações baseada na Lei nº 8.987/1995 e Lei nº 8.666/1993.

Uma possibilidade jurídica para este empreendimento seria a realização de parcerias público-privadas³⁰⁴, descritas na Lei nº 11.079/2004, por meio do contrato administrativo de concessão, nas modalidades concessão administrativa e concessão patrocinada³⁰⁵. A competência dos municípios para tanto decorre do art. 30 da Constituição Federal que dispõe que aos Municípios compete “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. Com isso seria possível uma prefeitura outorgar concessão patrocinada para empresa privada implantar, manter e operar uma rede local aberta de telecomunicação.

Diante disso, são possíveis as duas situações aventadas acima. Na primeira, que a operadora da rede forneça capacidade, por venda no atacado, para que prestadoras de serviços de telecomunicações ofertassem telecomunicação para os usuários finais. E, na segunda, que a operadora da rede forneça acesso para todos, usuários e prestadoras de serviços de telecomunicações.

³⁰⁴ Conceito instrutivo de parcerias público-privadas é do professor Carlos Bastide Horbach, que a entende como o contrato administrativo celebrado “entre o Estado e entidades privadas, particulares e agentes do setor privado, para o fim de implantação, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos ou atividades de interesse público, cabendo a esse parceiro privado contribuir com recursos financeiros, materiais humanos, sendo a remuneração vinculada ao desempenho”. Ver: Horbach, Carlos Bastide. “Parcerias Público- Privadas: aspectos gerais”. Estudo sobre as parcerias público-privadas, José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm (org.), São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 34.

³⁰⁵ O art. 2º da Lei 11.079/2004, traz as seguintes definições: concessão administrativa: é o contrato de prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens; concessão patrocinada: é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Além da possibilidade de construir uma cidade digital, os governos estaduais e municipais podem incentivar a instalação de empresas de telecomunicações que distribuam conteúdo eletrônico ou empresas que provêem acesso à Internet por meio de banda larga através de reduções na carga tributária concernente a esses serviços, que é extremamente elevada. Como já dissemos neste trabalho, a carga tributária no Brasil sobre os serviços de telecomunicações é hoje a 3º maior do mundo e alcança em média percentual de 43% sobre a receita líquida das operadoras.

Essa redução tributária, antes de constituir fator de eventual guerra fiscal teria contornos de um federalismo de cunho competitivo, que pode ser compreendido como o encorajamento de um regime de competição e rivalidade econômica entre estados membros de uma determinada federação para oferecer aos seus cidadãos a melhor opção de serviços públicos ao menor custo possível e constitui ferramenta muito importante num cenário de construção de políticas públicas federativas³⁰⁶. No contexto de um mundo globalizado e, ao mesmo tempo, altamente fracionado, é importante que o cidadão tenha a opção de escolher entre entes federativos da administração que possuam propostas distintas. Nesse sentido, é fundamental um estudo mais detido da dinâmica do federalismo americano e brasileiro bem como suas possibilidades no que se refere à variedade na oferta de políticas públicas aos seus cidadãos.

³⁰⁶ A noção de federalismo competitivo não se resume apenas a assegurar direitos aos Estados-membros, nem devolver poder a níveis mais baixos de governo. O federalismo competitivo não consiste, outrossim, somente numa mera separação e distribuição de poderes entre esferas ou níveis distintos de poder, mas sim numa efetiva competição entre governos. Ou seja, federalismo não é apenas um governo descentralizado, nem apenas relações intergovernamentais. Não constitui um simples esforço de ação cooperativa entre o governo nacional e os governos estaduais e locais em termos de política nacional. Nem também consiste o federalismo na representação dos estados e municípios na esfera federal, que é a concepção da Suprema Corte Americana embutida na decisão do juiz Garcia (Ver Dye, Thomas R.. *American Federalism: competition among governments*. Massachussets: Lexington Books, 1990, p. 5).

Nesse sentido, impostos incidentes sobre o serviço de telecomunicações que poderiam ser reduzidos pelos Estados, a fim de viabilizar a implantação de cidades digitais, seria o ICMS, e pelas prefeituras seria uma redução importante seria a redução do ISS e do TPU – Termo de Permissão de Uso, que constitui um caso especial de direito de passagem. Essas variações, á claro, já existem em certos lugares do Brasil e, conforme mencionamos anteriormemnte, em estados como o Rio de Janeiro e o Pará, em razão da maior alíquota de alguns desses tributos, o percentual da carga tributária chega a quase 57% sobre a receita líquida.

Essa compartimentalização das redes de acesso entre os entes da federação é benéfica, pois, além de ampliar o acesso local de seus cidadãos e empresas, serão meios de comunicação eletrônica que tendem a impor maior disciplina legislativa, sendo mais eficientes que um regime comum, excessivamente centralizado e burocrático³⁰⁷. Essa federalização da rede representa também e fundamentalmente um sistema de *checks and balances* no jogo democrático. A existência de governos competitivos pode inibir não apenas a chance do surgimento de um regime autoritário dentro do estado democrático, como também desestimula a adoção de práticas abusivas por outros entes da federação.

No contexto da comunicação social eletrônica, os benefícios advindos de um federalismo competitivo deve incluir a possibilidade da adoção de níveis de inovação diferentes, de opções e tecnologias diversas para a melhor oferta de acesso aos meios de comunicação. Deve

³⁰⁷ Newmeyer, R. Kent. John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court. Baton Rouge: Louisiana University Press, 2001, p. 86.

haver também a possibilidade de escolha dos cidadãos entre diferentes preços e serviços e, por fim, a necessária disciplina sobre as atividades governamentais³⁰⁸.

Para grande parte dos autores brasileiros, contudo, o resultado de uma guerra fiscal entre os entes federados no mesmo nível, acabaria por prejudicar todas as esferas, incluindo aí também a esfera do governo central. Tal situação adviria de uma busca desenfreada e uma competição sem limites por investimentos do setor privado. Essa competição, na forma de incentivos fiscais recairia amplamente sobre os recursos de bancos estaduais, o que em última instância acabaria por prejudicar outros estados³⁰⁹. Ademais, é possível que muitos desses incentivos, não podendo ser bancados pelos Estados, acabariam assumidos pela União³¹⁰.

Este argumento sustenta-se na hipótese de que, como muitas vezes é verdade no caso do Brasil, o ônus nunca é pago por aquele que o assume, ou seja, pelos estados, mas sim pela União e para isso contribuiria a noção de que a autonomia financeira dos Estados teria sido confundida com a liberdade para gastar sem a equivalente responsabilidade de tributar³¹¹. Vimos, porém, que uma das prerrogativas institucionais do federalismo competitivo é a existência da responsabilização por parte do estado, que atua de forma independente.

³⁰⁸ Wagner, Richard E.. Competitive Federalism in Institutional Perspective, 1999. Disponível em <http://mason.gmu.edu/~rwagner/Federalism.pdf>. Acesso em 25.9.2007. Acesso em 17.10.2007.

³⁰⁹ Piancastelli, Marcelo. Descentralização fiscal, harmonização tributária e relações intergovernamentais: como distintas federações reagem aos desafios da globalização; in Desafios do Federalismo Fiscal (coord. Fernando Rezende). Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 50.

³¹⁰ Baggio, Roberta Camineiro. Federalismo no Contexto da Nova Orden Global. Perspectivas de (Re)Formulação da Federação Brasileira. Curitiba: Juruá, 2006, p. 125.

³¹¹ Rezende, Fernando. Federalismo Fiscal no Brasil. Revista de Economia Política. Rio de Janeiro, vol. 15, n.º 3, p. 5-17, jul/set 1995, p. 6.

Alguns autores salientam que, no caso específico do Brasil, é importante ressaltar que a busca por um federalismo competitivo deve cuidar para se evitar o advento de um neolocalismo, entendido este como o aumento do poder das oligarquias. Nos meios de comunicação eletrônica tal verdade fica ressaltada, ainda mais quando lembramos que 271 políticos no país são donos ou sócios de empresas de radiodifusão.

CONCLUSÃO

Este início de século viu eclodir o fenômeno da convergência tecnológica e digital dos meios de telecomunicações e, com ela, a possibilidade de que vários serviços, outrora restritos a conduzir voz, passassem a ser canais de distribuição de conteúdo eletrônico. Assim foi com o par de fios de cobre da telefonia fixa, assim ocorreu com a Internet, assim aconteceu com os novos serviços de mídia e *download* oferecidos por aparelhos celulares e tantos outros serviços. Serviços com funções antes específicas passaram a ser capazes de trafegar conteúdo e informação eletrônica em suas redes. O desbotamento da antes nítida fronteira entre serviços de telecomunicações e, por conseqüência, de suas regras rígidas, pontuais e estanques, tornou premente uma avaliação mais detida do problema da definição e do modelo regulatório dos meios de acesso à comunicação social eletrônica.

A importância do assunto perpassa a defasagem regulatória de um modelo erguido sobre as bases da telefonia fixa, desatualizado com as demandas peculiares de um consumidor mais complexo e mais novo, voltado cada vez mais para o conteúdo eletrônico. É para esse novo consumidor que deve ser dirigido um setor de comunicação eletrônica dotado de maior dinamicidade jurídico-regulatória. O atual modelo da Lei Geral de Telecomunicações, que é baseado em serviços isolados, sem áreas de intersecção, deve ser repensado. No campo social, importa relevar que o fenômeno da comunicação eletrônica tem o condão de fornecer o instrumental para que o direito à liberdade de expressão seja consubstanciado.

A investigação mostrou o respaldo do interesse público e do embasamento filosófico da teoria de justiça de John Rawls na construção de uma política mais abrangente e

integrada para a comunicação social eletrônica. O baixíssimo índice de penetrabilidade dos principais meios de comunicação social eletrônica no Brasil não deve ser preocupação apenas de grupos econômicos que buscam a expansão de seus mercados, mas também da sociedade e do Estado. A relação entre comunicação eletrônica, informação e educação é por demais estreita para se permitir o certo descaso com que o assunto continua a ser tratado no Brasil.

O pensamento anti-sistêmico da cadeia de valor do conteúdo eletrônico, decorrente da dificuldade de se encarar o setor de comunicação eletrônica de modo integrado e orgânico, produzem resultados pífios no incremento do nível de acesso da população brasileira aos meios de comunicação e informação eletrônica, mesmo em relação a países em semelhante nível de desenvolvimento.

Diante disso, voltamos à indagação genérica posta no início deste trabalho: o sistema regulatório brasileiro para a comunicação eletrônica atende de maneira eficiente as demandas sociais e culturais de uma sociedade globalizada da informação? A resposta que encontramos é negativa. As restrições ao capital estrangeiro, a insegurança jurídica enfrentada a todo momento por empresas de telecomunicações, provedores de acesso à Internet e mesmo empresas de radiodifusão na circulação de seus conteúdos são suficientes para minar a garantia da disseminação do avanço e do acesso aos serviços de comunicação eletrônica.

Em face do esmaecimento da linha divisória entre os serviços de telecomunicações e de valor adicionado relacionados ao conteúdo eletrônico, evidenciamos, no Capítulo II, não apenas as definições legais, mas procuramos construir um conceito mais amplo desses serviços, identificando características únicas de cada um deles.

A segunda questão colocada foi a seguinte: qual deve ser o entendimento constitucional e legal sobre o tema da comunicação social eletrônica dentro do atual contexto de convergência tecnológica. A pesquisa enveredou pela análise constitucional criteriosa da comunicação social eletrônica, onde ficaram claras as diferenças entre, de um lado, os serviços de telecomunicações e de valor adicionado relacionados ao conteúdo eletrônico, como os serviços de TV por Assinatura, o Serviço Móvel Pessoal, e a Internet e, de outro, os serviços de radiodifusão, ou seja, a televisão e o rádio.

A existência dessas diferenças históricas, jurídicas e tecnológicas é o que justifica a inaplicabilidade das restrições ao capital estrangeiro das TVs para estes serviços de telecomunicações e de valor adicionado. A insistência de imposição de restrições e obrigações para o conteúdo eletrônico de mensagens, vídeos e dados dos serviços de TV por Assinatura, Internet ou telefonia celular, seja por meio de leis ou regulamentos restritivos, pode acabar gerando um arrefecimento no mercado e prejuízos econômicos e mesmo culturais para os usuários do serviço. Nesse contexto, tal assunto requer condução bastante cuidadosa, até porque envolve questões de liberdade de expressão e livre iniciativa que não podem ser descartadas.

A convergência tecnológica não implica necessariamente a destruição total da identidade tecnológica e da singularidade histórica de cada serviço, que, enquanto distintos, devem permanecer objetos de tratamentos regulatórios diferenciados. O que se torna difícil é a distinção pela simples definição legal de cada serviço. Assim é que, propostas de uniformização da aplicação de restrições existentes à radiodifusão para todos os serviços envolvidos com a comunicação eletrônica parece não ser defensável. É, por instância, o caso da tentativa de se

estender a restrição ao capital estrangeiro de até 70% sobre o capital das empresas de telecomunicações e de valor adicionado, por analogia direta com as de radiodifusão, o que não pode ser considerado razoável.

O Estado tem sim um papel regulador relevante no setor de comunicação social eletrônica. A necessidade de ação do Estado como agente regulador, manifesta-se no sentido de atuar como catalisador do fenômeno da convergência tecnológica mediante a atualização e edição de regulação apropriada para o setor, bem como garantir as bases estáveis para a competição. A pesquisa revelou três origens legítimas desse papel. Primeiro, é imprescindível a gestão da situação de escassez do espectro radioelétrico e de se evitar o risco constante de interferências nos sinais das ondas eletromagnéticas. Depois, é indispensável garantir, em qualquer meio de comunicação, direitos de resposta a ataques injustos e pessoais, impedir a divulgação infrene de termos ou palavras indecentes ou de baixíssimo calão, regular a distribuição a menores de conteúdo impróprio e violento etc. Por último, cabe ao Estado atuar como interventor no domínio econômico privado, visando desestimular ou coibir abusos em razão de eventual concentração de poder de mercado e de infrações à ordem econômica.

Outras justificativas de ingerência na questão da comunicação social eletrônica, em especial sobre o teor de conteúdo em si, são condutas desaconselháveis. Assim é que não deve ser competência do Estado pautar reportagens eletrônicas, criar um pacote de canais para a TV por Assinatura ou pré-determinar as opções de vídeos para *download* na Internet ou em aparelhos celulares. Da mesma forma, as dificuldades impostas às concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC para prestar serviços de TV a Cabo e a restrição ao capital estrangeiro neste serviço são exemplos de atuações excessivamente intrusivas e prejudiciais do

Estado. Os modelos de regulação da comunicação eletrônica na União Européia e nos Estados Unidos, não obstante algumas orientações diferentes, caminham no sentido de cada vez mais liberalizar o mercado de comunicação eletrônica.

Propusemo-nos também, em nossa terceira grande questão, o desafio de encontrar as políticas públicas e as regras jurídicas que melhor poderiam aperfeiçoar o modelo regulatório dos meios de comunicação que distribuem conteúdo eletrônico no Brasil. De início verificamos os desacertos da atual política de universalização dos serviços de telecomunicações, focada ainda em serviços fixos de voz e propusemos, no item 4.2.4, solução regulatória que possibilitasse a utilização de recursos do Fust para serviços de Internet banda larga por meio do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM.

Políticas públicas saudáveis para o setor de comunicação social eletrônica abarcariam também a adoção de diretrizes que possibilitassem a diversificação na produção, programação e distribuição de conteúdo eletrônico, com liberdade para que os atores de telecomunicações e de radiodifusão compitam entre si na disponibilização de conteúdo eletrônico ao usuário final. Tais políticas deveriam levar em consideração o que Rawls chama de uso público e não público da razão. A dissertação conclui que a melhor maneira de se alcançar esse objetivo é assegurar um ambiente livre para todas as etapas da cadeia de valor integrantes da comunicação social eletrônica, quais sejam produção, programação e distribuição.

Consideramos, para tanto, três enfoques principais para delimitação dessas políticas públicas: (i) a necessidade e possibilidade de diversificação na produção, programação e distribuição de conteúdo eletrônico, com liberdade para que os atores de telecomunicações e de

radiodifusão compitam entre si na disponibilização de conteúdo eletrônico ao usuário final; (ii) a garantia de um cenário competitivo nas redes de telecomunicações, e na Internet em especial, por meio da aplicação dos princípios de neutralidade de rede e de regras antitruste; e (iii) a avaliação de algumas possibilidades de atuação pública para o enfrentamento dos problemas do acesso à comunicação social eletrônica no Brasil, num ambiente de competição.

Como atestamos durante o trabalho, o cenário ótimo é aquele em que os serviços de comunicação social eletrônica não têm o conteúdo, em si, regulado. Contudo, a infraestrutura de redes de telecomunicações que transporta e distribui o conteúdo pode e deve ser sim objeto de regulação. Isso porque são as redes de telecomunicações que transportam o conteúdo eletrônico aos usuários ou telespectadores finais e o acesso a essas redes é, em um primeiro momento, capaz de diversificar os canais e ampliar os próprios meios de comunicação social eletrônica.

Em termos internacionais, existem três abordagens principais de regulamentação de mídias e veículos que produzam, programem e distribuam conteúdo eletrônico. São elas: (i) imposição de limites à participação societária; (ii) a atuação de órgãos de defesa concorrência; e (iii) imposição de regras ou cotas para o conteúdo eletrônico.

Com relação à participação societária, esta persegue dois objetivos básicos: a limitação de capital estrangeiro e a criação de regras que restrinjam a participação cruzada. De um modo geral, as regras de restrição à participação societária consistem na imposição de limites para atuação de capital estrangeiro e são tradicionalmente usadas para defender os interesses nacionais, como por exemplo, o incentivo à cultura nacional. Cabe ressaltar, no entanto, que

existe uma tendência generalizada à desregulamentação dessas restrições e da maior atuação de órgãos de defesa da concorrência *ex post facto*, ao menos nos Estados Unidos - EUA. Já as regras de participação societária sobre a propriedade cruzada têm o objetivo de preservar a pluralidade de fontes de informação. As práticas internacionais também aqui indicam a tendência de desregulamentar essas regras e de se utilizar de sistemas de defesa da concorrência.

Na elaboração de políticas públicas para o setor de comunicação social eletrônica, é imperativo que o regulador trate de assegurar um regime concorrencial pleno, obrigando o compartilhamento de *essential facilities*, a interconexão inter-redes e a aplicação de regras de *unbundling*. Essas medidas podem incentivar a utilização das redes das *incumbents* para o transporte e distribuição de informação eletrônica por outras operadoras. Deveriam, outrossim, integrar o corpo de qualquer política pública de comunicação social eletrônica, regras de vedação à propriedade cruzada simultânea de alguns meios de comunicação, como a de deter o controle acionário de uma TV e uma empresa de TV a Cabo numa mesma localidade, por exemplo. Claro que essa interferência deve ser comedida, de modo a evitar uma fragmentação exagerada de um mercado que precisa de escala e sinergia para oferecer preços baixos para os consumidores.

Nessa avaliação, não podemos descartar os benefícios da adoção de uma política de neutralidade de rede no mercado de comunicação eletrônica, que obriga aos proprietários da rede, ou *incumbents*, o tratamento neutro em relação aos pacotes de conteúdo que por ela transitam. Tal política possui o benefício de impedir a discriminação de pacotes de vídeos, dados ou voz, impossibilitando que uma empresa gestora da rede selecione a prioridade de pacotes pela sua origem, dando privilégios a seus próprios conteúdos, em detrimento de pacotes originados em concorrentes. Ressalvamos, contudo, os riscos de que a adoção da neutralidade de

rede resvale para uma ingerência estatal desproporcional e sirva de fundamento para justificar mais interferências no futuro, em especial a Internet. Correta ou não, é fato que a neutralidade de rede será objeto de prolíficas discussões nos próximos anos.

É imperativo que a Internet, em razão de suas características históricas, técnicas e jurídicas, permaneça como meio de comunicação social eletrônica o mais desregulamentado quanto possível. Não é pelo fato de ser cometida via Internet que uma violação a direito autoral perde seu caráter de ilicitude. Seja ela praticada por meio da Internet, ou não, continuará sendo crime e seu autor sujeito aos efeitos da lei que protege o direito.

Quanto à questão da cotas de conteúdo eletrônico em meios de comunicação social eletrônica, concluímos que o discurso que procura justificar a adoção de tal política, sob o manto da defesa do conteúdo nacional e garantia da pluralidade de fontes de informação parece não se sustentar. Primeiro porque, conforme mostrado, os conteúdos de qualidade de origem brasileira sempre tiveram espaço de destaque, mesmo sem existir cotas; é o caso da Internet. Depois porque, o custo da adoção de uma política de cotas de conteúdo terá impacto substancial nos preços dos serviços de comunicação eletrônica, dificultando mais ainda o já escasso acesso da população brasileira a esses serviços. Ademais, na grande maioria dos casos, notamos que a política de cotas não visa proteger o conteúdo nacional em si, mas grupos econômicos específicos, garantindo-lhes uma reserva de mercado. A imposição de cotas de conteúdo eletrônico, portanto, desviam-se do objeto principal do interesse público, que é baseado no binômio: qualidade e diversidade.

Infelizmente, a tendência de parte relevante dos debates públicos e das iniciativas legislativas que procuram sistematizar os serviços de comunicação social eletrônica estão, até o momento, enveredando por este caminho. Inclusive por meio da inclusão da Internet no âmbito das propostas interventivas e da vedação de que empresas de telecomunicações controladas por capital estrangeiro possam adquirir ou financiar, dentre outras coisas, a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional ou contratar, ainda que de forma não exclusiva, talentos artísticos nacionais ou direitos sobre obras de autores nacionais.

Por fim, exploramos as possibilidades regulatórias de uma atuação mais direta do Estado como provedor de acesso aos meios de comunicação social eletrônica, seja em nível municipal ou estadual. Este serviço advém da separação entre redes e serviços, originados do uso do conceito de redes abertas, aplicado normalmente à banda larga e que provêm acesso aberto a todos – setores públicos e privados, corporações, residências - dentro de uma comunidade ou área geográfica. A experiência internacional no setor tem revelado contagiante expansão do interesse de implantação de redes de banda larga por prefeituras.

Duas alternativas foram encontradas para o tratamento da questão no ordenamento jurídico pátrio. O provimento de serviços de telecomunicações pelas prefeituras a seus administrados pode ser realizado por meio do Serviço Limitado Privado – SLP, oportunidade em que a prefeitura executa de forma gratuita o serviço, mediante autorização da Anatel. Outra possível alternativa seria a prefeitura constituir empresa para prestar o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, mediante autorização da Anatel, e contratar uma prestadora de SCM para prover este serviço também para os administrados.

Com o objetivo de contrabalançar a atuação do Estado na prestação direta dos serviços de acesso à banda larga, especulamos a pertinência, em nível teórico, da possibilidade de um federalismo competitivo em termos principalmente de incentivos tributários. Tal hipótese, se possível, seria capaz de incrementar a disciplina e a pluralidade na prestação de serviços públicos por parte dos governos municipais e estaduais, incluindo a prestação de serviços de acesso a meios de comunicação eletrônica.

De fato, tais contrapartidas são bem-vindas, já que deixar ao bel sabor do Estado a escolha de qual conteúdo eletrônico deve ou não ser veiculado, o poder de decidir qual a porcentagem de uma cota de conteúdo nacional, e outras questões semelhantes, parece caminhar em sentido contrário às garantias individuais, como a liberdade de expressão. A comparação direta do Brasil com a União Européia nesse sentido não é apropriada. O Brasil, ao contrário da imensa maioria dos países europeus, nunca possuiu meios de comunicação eletrônica fortemente controlados pelo Estado. Maior ilustração disso é o caso de nossa radiodifusão, por oposição à radiodifusão nos países europeus. A Europa, ao contrário, há décadas lida com o assunto e já tem longa tradição na imposição das barreiras necessárias para garantir a pouca interferência dos governos no conteúdo de seus meios de comunicação.

Mas se os Estados Unidos adotaram, acertadamente, uma política mais liberal em relação ao setor de comunicação social eletrônica, também é acertado reconhecer a perspicácia de se pensar o arquétipo da comunicação social eletrônica com uma roupagem de

serviço cultural, conceito adotado pela União Européia. Deveras, a inclusão nestes novos meios de comunicação torna a pessoa um ser interativo que descortina um “mundo novo”³¹².

Lawrence Lessing escreveu que, no fim, todos deveremos “decidir entre a liberdade e o controle, entre o acesso aberto e o acesso restrito às informações”³¹³. Essa constatação subjaz, impassível, como pano de fundo de toda análise e discussão referente à regulação da comunicação social eletrônica e permanece aberta como princípio basilar para o desenvolvimento de novos trabalhos. Sob tal ótica, este trabalho encerra-se em tom otimista, acenando com a perspectiva de um novo caminho a ser percorrido pela legislação pátria, que aponte para um ordenamento sistematizado e coerente da comunicação social eletrônica, no qual sejam resguardados os direitos das pessoas, usuários e consumidores à livre circulação e ao acesso à informação eletrônica.

³¹² Bitelli, Marcos Alberto Sant’Anna. O Direito da Comunicação e da Comunicação Social. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

³¹³ Lessing, Lawrence. The Future of Ideas: The Fate of the Commons on a Connected World. New York: Random House, 2001, p. 16.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; COSTA, Valeriano Mendes. **Reforma do Estado e o Contexto Federativo Brasileiro**. São Paulo: K. Adenauer, 1998.

ALMEIDA, André Mendes. **Mídia Eletrônica, seu controle nos EUA e no Brasil**, 2º edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e Sociedade da Informação**. São Paulo: Forense, 2002.

ATLAS Brasileiro de Telecomunicações Teletime, n.º 8. Converge Telecomunicações, 2008.

BAGGIO, Roberta Camineiro. **Federalismo no Contexto da Nova Orden Global. Perspectivas de (Re)Formulação da Federação Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2006.

BAKER, Edwin C. **Media Markets and Democracy**. Cambridge University Press, 2002.

BANDEIRA de Mello, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BARRON, Jerome A. & DIENES, Thomas C.. **Constitutional Law**. ST. Paul: West Group, 2001.

BAVASSO, Antonio. **European Monographs: Communications in Antitrust Law, Market Power and Public Interest**. London: Kluwer Law International, 2003.

BELL, Robert K. and RAY, Neil. **EU Electronic Communications Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BENJAMIN, Stuart Minor; LICHTMAN, Douglas Gary; SHELANSKY, Howard; WEISER, Philip. **Telecommunications Law and Policy**. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2006.

BENKLER, Yochai. **Some Economics of Wireless Communications**. Harvard: J.L & Tech. 25, 2002.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. **O Direito da Comunicação e da Comunicação Social**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 190.

BOLAÑO, César Ricardo Ciqueira; BRITTOS, Valério Cruz. **A Televisão Brasileira na Era Digital. Exclusão, Esfera Pública e Movimento Estruturantes**. São Paulo: Paulus, 2007.

BONACINNI, Juan A.. **A Estratégia Cartesiana das Meditationes**. Revista de Teologia e Filosofia – ULBRA. Volume 4, n.º ½, jan./dez. 2004, ISSN 1676-1332.

BRANDS, Henk; Leo, Evan T.. **The Law and Regulation of Telecommunications Carriers**. London: Artech House, 1999

BRETON, Philippe & PROULX, Serge. **Sociologia da Comunicação**. São Paulo: Ed. Loyola 1996.

BURKE, Peter & BRIGGS, Asa. **Uma Breve História Social da Mídia, De Gutenberg à Internet**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**, 1º reimpressão portuguesa. Coimbra: Almedina, 1998.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**. São Paulo Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2007

CARDOSO Gustavo. **A Mídia na Sociedade em Rede**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007.

CARTER, T. Barton; DEE, Juliet Lushbough; ZUCKMAN, Harvey L.. **Mass Communications Law**. Saint Paul Minnesota: West Group Publishing Company, 2000.

CARVALHO, Alberto Arons, CARDOSO, António Monteiro e FIGUEIREDO, João Pedro. **Direito da Comunicação Social**. Lisboa: Ed. Notícias Editorial, 2003.

CHANDLER, William M.. & BAKVIS, Herman. **The Future of Federalism; in Federalism and the role of the State**. Toronto: University of Toronto Press, 2005.

CHENOT, Bernard. **Organisation Économique de l'État**. Paris: Librairie Dalloz, 1965.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovane. **A Intervenção Estatal nas Telecomunicações; A visão do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CORREIA, Luiz Brito. **Direito da Comunicação Social**, VOL I. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

COSTA, Amanda. **271 Políticos são Sócios de Empresas de Comunicação**. Disponível em: http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com_content&task=view&id=3440 . Acesso em 27.10.2008

CRANDALL, Robert W.. **Competition and Chaos. US Telecommunications since de 1996 Telecom Act**. Harrisonbrug: The Brookings Institution, 2005.

CREECH, Kenneth C.. **Electronic Media Law and Regulation**. Boston: Focal Press and Elsevier, 2007.

DA COSTA, Carlos J.. **Telecomunicações: Passaporte para a Modernidade**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1996.

DANIELS, Norman. **Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty in: Reading Rawls, Critical Studies in Rawls' "A Theory of Justice"**. Stanford: Stanford University Press, 1989.

DE CARVALHO, Grandinetti, Luis Gustavo Castanho. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DEMUTH , Christopher C.. **After the Ascent: Politics and Government in the Super-Affluent Society**. Washington D.C.: AEI Francis Boyer Lecture. February 15, 2000.

DIAS, Cláudia Augusto. **Hipertexto: Evolução Histórica e Efeitos Sociais**. Revista Ciência da Informação, vol. 28, n.º 3, Brasília, Sept./Dec., 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

DIRZEL, Alexandre. **Regulação e Direito Concorrencial (As Telecomunicações)**. São Paulo: Paulista, 2003.

DIZARD JR., Wilson. **A Nova Mídia, a Comunicação de Massa na Era da Informação**. São Paulo. ED. Zahar, 2000.

DOS SANTOS, Theotônio. **O Papel do Estado num mundo em globalização**. Rio de Janeiro: 2002, Série 1 – n.º 20, Grupo de Estudo sobre economia mundial, integração regional e mercado de trabalho - GREMIMT.

DRIVER, G.R.. **Semitic Writing: From Pictograph to Alphabet**. London: Oxford University Press, 1948.

DUESTERBERG, Thomas; Gordon, Kenneth. **Competition and Regulation in Telecommunications. The Case for a New Paradigm**. Indianapolis: Hudson Institute, 1997.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. **Derecho a la Información**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

ELIASSEN, Kjell & FROMM, Joham. **The privatization of European Telecommunications**. Published by Ashgate Publishing Company, 2007

ENTERRIA, Eduardo Garcia & Fernandez, Tomas-Ramon. **Curso de Derecho Administrativo, tomo II**, 5º Edición. Madrid: Civitas, 1998.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **Serviços de Telecomunicações: Aspectos Jurídicos e Regulatórios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2005.

FALEIROS, Vicente de Paula – **A Democratização e As Políticas Sociais: Conflitos de Poder e Conflitos Distributivos – Tendências dos Anos 90**, da obra **Cadernos de Serviço Social**, IX (17) –UC de Campinas – 2000.

FANG, Irving. **History of Mass Communication: Six Information Revolutions**. Boston: Focal Press, 1997.

FARIA, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2004.

FARRELL, Joseph; WEISER Philip. **Modularity, Vertical Integration and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age.** Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 17, n.º 1, Fall 2003.

FAULHABER, Gerald R. **Bottlenecks and Bandwagons: Access Policy in the New Telecommunications.** In Handbook of Telecommunications and Economics. Technology Evolution and the Internet. Amsterdam: Elsevier North-Holland, 2005.

FCC vs. Pacific Foundation, n.º 77-528, **United States Supreme Court**, 438 U.S., 726, de 3 de julho de 1978.

FERARRI. Sérgio. **Constituição Estadual e Federação.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder Constituinte do Estado-Membro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 289, 1979.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2000.

FRISCHMANN, Brett. **An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management.** Minesotta Law Review, Vol. 89, pp. 917-1030, 2005.

GELLHORN, Ernest. **Antitrust Law and Economics.** Washington D.C.: West Publishing, 1993.

GIBBONS, Thomas. **Regulating the Media.** London: Sweet & Maxwell Publishing Co., 1998.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.** São Paulo: Editora Atlas, 2001.

GORDON r., Sara. **Cidadania y Derechos, Criterios Distributivos? Naciones Unidas Cepal,** Santiago de Chile, Julio de 2003 – Division de Desarrollo Social.

GOTTFRIED, Paul Edward. **After Liberalism : Mass Democracy in the Managerial State.** Princeton University Press, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GREENSTEIN, Shane & KHANNA, Tarun. **What Does Industry Convergence Means?** *In Competing in the Age of Digital Convergence*. Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press, 1997, p. 203.

GREVE, Michael S.. **Real Federalism: Why It Matters, How It Could Happen**. Washington D.C.: AEI Press, 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaida Musetti. **O Serviço Público e a Constituição de Brasileira de 1988** in *Temas de Direito Administrativo*, Celso Antônio Bandeira de Mello (coord.), São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial**. In “O Poder Normativo das Agências Reguladoras”. (Coord. Alexandre Santos Aragão). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HALLIN, Daniel & MANCINI Paolo. **Comparing Media Systems. Three Models of Medias and Politics**. New York: Cambridge University Press, 2006.

HELBERGER, Natali. **Controlling Access to Content: Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting**. Hague: Published by Kluwer Law International, 2005.

HORBACH, Carlos Bastide. **“Parcerias Público- Privadas: aspectos gerais”**. **Estudo sobre as parcerias público-privadas**, José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm (org.), São Paulo: IOBThompson, 2006.

HOVENKEMP, Herbert. **Antitrust**. St. Paul: West Group, 1999.

HUMBOLDT, Wilhelm. **Os Limites da Ação do Estado**. Rio de Janeiro: Top Books, 2004.

Impactos Econômicos das Cotas e Desestímulo ao Capital Estrangeiro no Mercado Brasileiro de Televisão por Assinatura. Pezco Pesquisa e Consultoria. São Paulo 25.2.2008

JÈZE, Gaston. *Pincípios Generales del Derecho Administrativo*, tomo II. Buenos Aires: Deplama, 1949.

JOHNSTON David. *Final Report of the Information Highway Advisory Council*. Canada. 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética. 2002.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Ed. Dialética, 2003.

KATZENSTEIN, Peter J.. **Small States in World Markets: Industrial Policy in Europe**. Ithaca: Cornell University Press, 1985.

KENDALL, Douglas T.. **Redefinig Federalism**. Washington: Environmental Law Institute, 2004.

KENSKI N. Vani. **O Impacto da Mídia e das Novas Tecnologias de Comunicação na Educação Física**. Motriz, vol. 1, n.º 2, Dez/1995, p. 129-133.

KOYRÉ, Alexandre. **Études D'Histoire de la Pensée Scientifique**. Ed. Gallimard. 1973.

KRATTENMAKER Thomas e POWE Lucas. **Regulating Broadcasting Programming**. Ed. The AEI Press USA, 1994

LAHERA, Eugenio, P. Política y Políticas Públicas. División de Desarrollo Social. Santiago Chile, 2004.

LEMLEY, Mark. **The End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era**. Stanford Law School. John M.Olin Program in Law and Economics. Working paper n.º 207, 2000, revisado em 2007.

LESSING, Lawrence. **The Future of Ideas: The Fate of the Commons on a Connected World**. New York: Random House, 2001.

LÉVY, Jonathan D. & PITTSCH, Peter. **Statistical Evidence of Substitutability Among Video Delivery Systems in Video Medias Competition, Regulations, Economics, and Technology**. New York: Columbia University Press, 1985.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Rio de Janeiro : Ed. 34, 1993.

LÉVY, Pierre. **Collective Intelligence: Mankind's Emerging World in Cyberspace**. Cambridge, Mass: Perseus Books, 1997.

LEWIS, Michel. **The New New Thing, a Silicon Valley Story**. New York, NY: W.W. Norton & Company, 200.

LITTO, Frederic. **Repensando a Educação em Função de Mudanças Sociais e Tecnológicas e o Advento de Novas Formas de Comunicação**. Disponível em <http://lect.futuro.usp.br/site/doprofessor/litto1.pdf>.

LOETZ, Sascha; KOENIG, Christian. **Framework for Network Access and Interconnction**. In “EC Competition and Telecommunications Law” (org). Christian Koenig, Andreas Bartosch e Jes-Daniel Braun). Hague: Kluwer Law International, 2002.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. São Paulo: Ed: Revista dos Tribunais, 1997.

MCCARTHY, Thomas. **Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue**. Ethics Volume 105, Issue 1, Oct. 1994.

MARÇAL Justen Filho. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES Neto, Floriano Azevedo. **Discricionariedade e Regulação Setorial**. In “O Poder Normativo das Agências Reguladoras”. (Coord. Alexandre Santos Aragão). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDAUAR, Odette. **O Direito Administrativo Em Evolução**, 2º edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: RT, 2005

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005

MILTON, John. **Areopagiptica**. London: Bandana Books, 1994.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**, Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1969.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MORÓN, Miguel Sanchez. **La participación del ciudadano en la administración pública**, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1980.

NEWMAYER, R. Kent. **John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court**. Baton Rouge: Louisiana University Press, 2001.

NEWTON, Harry. **Newton's Telecom Dictionary**. 18^a Edition. New York: COM Books, 2002.

NIHOUL, Paul and RODFORD, Peter. **EU Electronic Communications Law: Competition and Regulation in the European Telecommunications Market**. New York: Oxford University Press, 2004.

NOBRE, Freitas. **Imprensa e Liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação**. São Paulo: Summus, 1988.

OFFE, Claus. **Capitalismo Organizado**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1985.

OLIVEIRA, Claudine Bichara et al. **Mercado Brasileiro em Rede: Uma Visão do Comércio Eletrônico no Brasil**. In “e-Densenvolvimento no Brasil e no Mundo” (org. Peter Knight, Ciro Campos Fernandes e Maria Alexandre Cunha). São Caetano do Sul: Yendis, 2007.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e Responsabilidade nos Meios de Comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

PIANCASTELLI, Marcelo. **Descentralização fiscal, harmonização tributária e relações intergovernamentais: como distintas federações reagem aos desafios da globalização**; in *Desafios do Federalismo Fiscal* (coord. Fernando Rezende). Rio de Janeiro: FGV, 2006.

PINHEIRO, Guilherme Pereira. **A Comunicação Social Eletrônica no Brasil: Controle e Propostas para o Setor**. Brasília: Digigraph, 2005

POSNER, A. Richard. **Bad News**. N.Y Times Book Review, July 31, 2005.

_____. **Economic Analysis of Law**. New York: Kluwer Company, 1998.

_____. **Natural Monopoly and Its Regulation** (30th anniversary edition). Washington D.C.: Cato Institute, 1999.

RAWLS, John. **Justiça Como Eqüidade, Uma Reformulação**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

_____. **Political Liberalism**. New York: Columbia Publisher, 2005.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

RED Lion vs. FCC, **United States Supreme Court**, 395 U.S. 367, 1969.

REVISTA “A Rede: Tecnologia para Inclusão Digital”, ano 3, n.º 27, julho de 2007.

REZENDE, Fernando. **Federalismo Fiscal no Brasil**. Revista de Economia Política. Rio de Janeiro, vol. 15, n.º 3, p. 5-17, jul/set 1995, p. 6.

RIBEIRO, Lia. **Cidades Digitais: Minicom erra ao Queimar Etapas**. Disponível em: http://www.telesintese.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=9771&Itemid=10. Acesso em 27.10.2008.

RICHARD A. Epstein. **Simple Rules for a Complex World**. Boston: Harvard University Press, 1995.

ROBERTSON, Roland. **Globalization. Social Theory and Global Culture**. Newbury Park: Sage, 1992.

ROMANO Roberta. **The Advantage of Competitive Federalism for Securities Regulation**. Washington D.C.: The AEI Press, 2002.

RUA, MARIA DAS GRAÇAS. **O Estudo da Política, tópicos selecionados**. Ed. Paralelo, 2003.

SALOMÃO Filho, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica, Princípios e Fundamentos Jurídicos**. 2º Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SARDINHA, Luciana Raso. **O controle Estatal e Social sobre suas Outorgas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SEN, A. K.. **Rawls vs. Bentham: An Axiomatic Examination of the Pure Distribution Problem, in: Reading Rawls, Critical Studies on Rawls' "A Theory of Justice"**. Stanford: Stanford University Press, 1989.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, Socialism and Democracy**. New York: Harper 1975.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores: 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVEIRA, Denis Coutinho. **Teoria da Justiça de John Rawls: entre Liberalismo e o Comunitarismo**. Revista Trans/Form/Ação, vol. 30 n.º 1, Marília, 2007.

SODRÉ, Nelson Werneck. **História da Imprensa no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Mauad, 1999.

SPARROW, Andrew. **The Law of Internet & Mobile Communications**. The EU and US Contrasted. Malta: Gutenberg Press, 2004.

SMITH F. Leslie. **Electronic Media and Government: The regulation of Wireless and Wired Mass Communication in the United States**. White Plains, NY: Ed. Longman Publisher, 1995.

SOUZA, Nuno J. Vasconcelos de Albuquerque. **A liberdade de imprensa**. Coimbra: Almedina, 1984.

SPITZCOVISK, Celso. **Princípios do Direito Administrativo Econômico**. In "Curso de Direito Administrativo Econômico" (Org. José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopez Queiroz e Márcia Walquíria Bastista dos Santos). São Paulo: Malheiros, 2006.

SPULBER, Daniel. **Competition Policy in Telecommunications**. In Hand Book of Telecommunications Economics: Structure, Regulation and Competition. (Org. Cave Martin). Amsterdam: Elsevier North-Holland, 2002.

STEINFELD, Charles; BAUER, Johannes M.; CABY, Laurence. **Telecommunications in Transition. Policies, Services and Technologies in the European Community**. Sage Publications: London, 1994.

STEPHENS, Mitchell. **História das Comunicações: Do Tantã ao Satélite**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

STIGLER, Joseph G. **Barriers to Entry, Economies of Scale and Firm Size in the Organization of Industry**. Homewood, IL: Irwin, 1968.

THEOTÔNIO, Dos Santos. **Revolução Científico-Técnica e a Acumulação do Capital**. Petrópolis: Vozes, 1987.

TORRES, P. Medellín – **La Política de Política Públicas: Propuesta Teórica y Metodológica para el Estudio de las Políticas Públicas em Países de Frágil Institucionalidad**, Série Políticas Sociales n.º 93, CEPAL, 2004.

Towards a dynamic European Economy – Green Paper on the Development of a common market for telecommunications services and equipment, COM (87) 290 final, 1987.

TIME Warner Entertainment vs. FCC, US District Circuit Court of Appeals, 2001.

VALLHONRAT, Ernesto Carlos. **Exposición de la Teoría de La Acción Comunicativa**. Buenos Aires: Extraída de la edición Taurus Madrid, 1999, Clase 1-9.

VAN Schewick, Barbara. **Towards an Economic Framework for Network Neutrality**. Journal of Telecommunications and High Technology Law, 2007.

WAGNER, Richard E.. **Competitive Federalism in Institutional Perspective**. 1999. Disponível em <http://mason.gmu.edu/~rwagner/Federalism.pdf> . Acesso em 25.9.2007.

WOEHLING, José. “**El Principio de igualdad, al sistema federal canadiense y el carácter diferencial de Quebec**”. Assimetria federal y Estado Plurinacional. Madrid, Trotta, 1999.

WU, Tim; Goldsmith, Jack. **Who Controls the Internet? Ilusions of a Borderless World**. New York: Oxford University Press, 2006.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. **O Regime Especial da Concorrência no Direito das Telecomunicações**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L’Antisemitisme, 169 F. Supp. 2d 1181, 1192 (N.D. Cal. 2001).

YOO, Christopher. **Would Mandating Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-end Debate.** Journal of Telecommunications and High Technology, 2004.

ZELESNY, John D.. **Communications Law, Liberties, Restraints ans the Modern Media.** Fresno: Wadsworth Publishing, 1997.

ZITTRAIN, Jonanathan. **The Generative Internet.** 119, Harvard Law Review, Beckman Center Research Publication n.º 2006/01. Working Paper n. 28/2006.

ZUCKMAN, Harvey L. et al. **Modern Communications Law.** St. Paul: West Group, 1999.

GLOSSÁRIO

ABERT – Associação Brasileira de Emissores de Rádio e Televisão

Ancinav - Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual

Anatel - Agência Nacional de Telecomunicações

CAC - Conselho Audiovisual da Catalunha

CBT – Código Brasileiro de Telecomunicações

CCS – Conselho de Comunicação Social

CRTC – Conseil de la Radiodiffusion et des Telecommunications Canadiennes

DISTV – Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão

DTH – Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite

FCC – Federal Communications Commission

FISTEL - Fundo de Fiscalização das Telecomunicações

FUST – Fundo de Universalização das Telecomunicações

FUNTTEL – Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações

IP - Internet Protocol –

LGT – Lei Geral de Telecomunicações

MC - Ministério das Comunicações

MMDS – Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal

NPRM - Notice of Proposed Rule Making

Ofcom – Office of Communications

SCM – Serviço de Comunicação Audiovisual

SMP – Serviço Móvel Pessoal

SRTT – Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações

STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado