



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisas e Desenvolvimento - ICPD

GUILHERME PEREIRA PINHEIRO

A Comunicação Social Eletrônica no Brasil: Controle e
Propostas para o Setor

BRASÍLIA

2006

GUILHERME PEREIRA PINHEIRO

**Comunicação Social Eletrônica no Brasil: Controle e
Propostas para o Setor**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD, como pré-requisitos para obtenção do Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*, na área de Defesa da Concorrência e Direito da Regulação.

Orientador: Prof. Victor Carvalho Pinto

**BRASÍLIA
2006**

GUILHERME PEREIRA PINHEIRO

**Comunicação Social Eletrônica no Brasil: Controle e
Propostas para o Setor**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como pré-requisitos para obtenção do Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*, na área de Defesa da Concorrência e Direito da Regulação.

Orientador: Prof. Victor Carvalho Pinto

Brasília, 6 de junho de 2006

Dedicatória

“Dedico este trabalho a minha esposa, 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 Victor, fonte rara de saber, e demais mestres que mostraram o caminho da ciência, bem como a meu irmão, por todo o apoio na elaboração desse trabalho”.

Epígrafe

“And yet, on the other hand, unless wareness be used, as good almost kill a man as kill a good book: who kills a man kills a reasonable creature, God’s image; but he who destroys a good book, kills reason itself, kills the image of God, as it were, in the eye ”.

John Milton,
Areopagitica and Of Education

Resumo

O presente trabalho tem por desiderato a proposta de diretrizes para a elaboração de um arcabouço normativo que trate propriamente da questão dos serviços de comunicação social eletrônica, a partir do conceito desse serviço. A fronteira na definição dos serviços de telecomunicações que possuem conteúdo eletrônico estão cada vez mais tênues e constituem, portanto, motivo de enorme confusão conceitual e de aplicabilidade e distinção, na prática, desses serviços. Com isso, procuraremos atingir nosso objetivo de orientar uma nova regulamentação também por meio do escrutínio desses serviços. Com este intuito teceremos estudo e análise dos serviços de Comunicação Social Eletrônica, promovendo uma análise jurídica, mercadológica e econômica, à luz da necessidade democrática da pluralidade de fontes de informação e dos mecanismos de controle desses serviços, no contexto de convergência das plataformas tecnológicas, adequados para a manutenção e proteção dos direitos à liberdade de expressão, ao direito de informar e ser informado, à diversidade de fontes de informação e ao preceito constitucional da vedação ao monopólio e oligopólio dos meios de comunicação social.

Palavras-chave:

Comunicação Social Eletrônica, Regulação, Controle, Telecomunicações, Liberdade de Informar e ser Informado.

This work intends to elaborate a number of propositions and guidelines regarding a possible regulation of Social Electronic Communication Services, from the very idea and notion of this service. The boundaries affected to the definitions of the telecommunications services that bear electronic content are becoming increasingly indistinguishable and constitute themselves not only an enormous conceptual mess, but also a difficult approach for practical distinction purposes. On this line, we will undertake various studies and analysis of the Social Electronic Communications Services, focusing on Law, market and economic aspects, taking into account the necessary plurality of information sources as well as the controlling regulatory mechanisms of these services regarding the technology convergence issues. The above-mentioned studies and analysis are to be taken upon the maintenance and protection of the rights of freedom of speech, the right to inform and be informed, the diversity of information sources, and the constitutional principles of economic liberty related to social communications means.

Key Words:

Social Electronic Communications, Regulation, Control, Telecommunications, Freedom to Inform and to be Informed.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| Dedicatória..... | |
| Agradecimentos..... | 4 |
| Epígrafe..... | 5 |
| Resumo..... | 6 |
| Sumário..... | 7 |
| 1. – Introdução..... | 9 |
| 2. – A Comunicação Social Eletrônica e a Constituição Federal..... | 12 |
| 2.1 – A importância da Comunicação Social Eletrônica..... | 12 |
| 2.2 – Os Serviços de Comunicação Social Eletrônica..... | 14 |
| 2.2.1– Breves considerações..... | 14 |
| 2.2.2 – A Radiodifusão..... | 15 |
| 2.2.3 – A TV a Cabo..... | 19 |
| 2.2.4 – O Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite – DTH | 21 |
| 2.2.5 - O Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal – MMDS..... | 24 |
| 2.2.6 – A Internet..... | 25 |
| 2.2.7 – O Serviço de Comunicação Multimídia – SCM | 27 |
| 2.2.8 – O Serviço Móvel Pessoal – SMP | 30 |
| 3 – As interpretações de comunicação social eletrônica na Constituição..... | 33 |
| 3.1 – Histórico e interpretações de comunicação social eletrônica na Constituição Federal de 1988..... | 33 |

| | |
|---|-----------|
| 3.2 - A comunicação social eletrônica e o Cenário Normativo..... | 37 |
| 4. – O Mercado da Comunicação Social Eletrônica..... | 39 |
| 5. – O Projeto de Lei N.º 4.209 e a Proposta de Emenda Constitucional n.º 55/2004..... | 44 |
| 5.1 – O Poder Político das Organizações Globo..... | 44 |
| 5.2 - A Proposta de Emenda Constitucional n.º 55/2004..... | 47 |
| 5.3 - O Projeto de Lei n.º 4.209/2004 | 51 |
| 6. – A Convergência entre Telecomunicações e Mídia..... | 59 |
| 6.1 – As razões dos radiodifusores..... | 60 |
| 7. – Experiências Internacionais no Controle da Comunicação Social Eletrônica..... | 61 |
| 7.1 – Uma breve visão geral..... | 61 |
| 7.2 - Princípios Norteadores da regulamentação da Comunicação Social Eletrônica..... | 66 |
| 7.3 – Modelos de Regulação de Plataformas Convergentes..... | 67 |
| 8. – Propostas..... | 68 |
| 9. – Conclusão..... | 73 |
| Referências Bibliográficas..... | 75 |
| Bibliografia..... | 76 |

TEMA

A Comunicação Social Eletrônica no Brasil: Controle e Propostas para o Setor

1. - INTRODUÇÃO

Antes de mais nada, é preciso situar este trabalho no cenário geral e atual das comunicações no Brasil. Nos últimos 10 anos, têm-se assistido a uma onda inesgotável de avanços tecnológicos que possibilitaram que o setor de telecomunicações, em suas várias vertentes, desde a telefonia celular à TV por Assinatura, passando pelos Serviços de Valor Adicionado - SVA, como a Internet, e *tutti quanti*, passassem a ser provedores de conteúdo, assim como a imprensa escrita e o setor de radiodifusão.

Ao simples tocar de um botão no teclado de um computador pode-se empreender pesquisas, assistir a transmissões audiovisuais, criar *blogs* informativos, conversar e participar de debates com interlocutores do outro lado do mundo, etc. Com um aparelho celular somos capazes de ter acesso às últimas notícias, assistir aos últimos lances de uma partida de futebol, ouvir músicas e muitas outras utilidades.

A questão mais premente e vital para o setor das comunicações brasileiras na atualidade é a revisão dos seus marcos normativos – políticos, regulamentares e regulatórios -, adequando-os à realidade da convergência das novas plataformas técnicas e de prestação de serviços. Não há setor da economia nacional que mais precise hoje de uma tal revisão, dadas as profundas mudanças tecnológicas por que as comunicações passaram desde, pelo menos, meados dos anos 90 do século recém terminado. Revisão esta já feita nos principais centros político-econômicos e socioculturais mundiais, como os Estados Unidos, Canadá, União Européia, Japão, China, Coréia do Sul, Austrália, para citar os exemplos mais evidentes.

Não faz sentido um país com a importância geopolítica e econômica do Brasil, mesmo com os seus ainda enormes problemas sociais, centrados nas disparidades econômicas que

afligem sua população, querer enfrentar os desafios contemporâneos da convergência nas comunicações com um aparato normativo tão fragmentado e disperso quanto o vigente hoje. Fragmentado do ponto de vista das instituições políticas que incidem sobre ele; disperso do ponto de vista das suas leis e regulamentos.

A convergência tecnológica tem integrado as redes de comunicações de um modo assombrosamente veloz, cavando, por conseguinte, um vácuo legal e regulatório no arcabouço jurídico brasileiro quanto à questão dos direitos de produção, programação e provimento de conteúdo em meios eletrônicos. O instrumental legal já não é mais competente ou, no mínimo, claro o suficiente para enfrentar esses novos desafios.

Diante disso, há iniciativas em várias frentes, em especial no legislativo, que tentam costurar os princípios constitucionais da comunicação social com o aparato normativo existente. Muitas dessas tentativas, em sua maioria divergentes entre si e equivocadas, tem se revelado um entrave e mesmo um risco à prestação de serviços de comunicação social eletrônica no Brasil. Duas delas, complementares e concatenadas, e com amplo efeito sobre o objeto da comunicação social eletrônica, serão analisadas mais detidamente durante este trabalho.

Nessa esteira, existem inúmeras respostas que têm de ser respondidas: quem são os entes, pessoas físicas ou jurídicas, que podem produzir, programar, e prover comunicação social eletrônica? Deve haver restrições? Quem são os atores no mercado de comunicação social eletrônica? O que de fato é comunicação social eletrônica? Como regular a prestação dessa atividade?

O desafio que se nos apresenta neste trabalho é, por meio da análise conceitual e regulatória dos atuais serviços de telecomunicações que possuem a comunicação social eletrônica como atividade inerente ou não à prestação do serviço, do serviço de radiodifusão, do serviço de valor adicionado (Internet) e, especialmente da análise do teor do Projeto de Lei - PL n.º 4209/2004 e da Proposta de Emenda Constitucional - PEC n.º 55/2004, construir um conceito sólido de comunicação social eletrônica e, diante disso, propor uma série de princípios reguladores para a comunicação social eletrônica no País.

Dessa forma, quando lograrmos fincar um conceito razoavelmente sólido de comunicação social eletrônica, ao longo deste trabalho, estarão lançadas as bases para, em seguida, propormos políticas setoriais de controle para a comunicação social eletrônica.

Com relação ao método utilizado nesta pesquisa, até em razão da razoável escassez de fontes brasileiras que tratem especificamente do assunto, procuramos seguir as novas noções de Direito, abandonando, muitas vezes, a pura dogmática e passando a utilizar fontes críticas como a sociologia jurídica, a dialética?, ou seja, um estudo que se ampara fundamentalmente nas estruturas tecnológicas das redes de comunicação, concorrentemente com o comportamento social de nosso tempo.

Nesse sentido, não pretendemos aqui nos restringir à análise da legislação sobre a matéria, não obstante existam, por diversas vezes ao longo do trabalho, como conclusão, a necessidade de serem pensadas formas de regulamentação para a questão da comunicação social eletrônica. O método a ser utilizado no desenvolvimento do presente trabalho será o hipotético-dedutivo.

Dessa forma, parte-se de uma idéia nova, constituída de princípios claros, em linguagem simples, que pode ser testada e deste modo, corroborada ou falseada por meio de experimentações ou observações. É importante salientar que a reiterada corroboração da idéia inicial, ao longo do estudo, não implica concluir que essa idéia será verdadeira. O que ocorre é que essa idéia somente poderá ser tida como não-falseada. Difere-se do processo indutivo por que este é processo mental pelo qual, partindo-se de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas.

O Método Hipotético-Dedutivo possui uma poderosa ferramenta, pois as teorias são testadas através de hipóteses alternativas e falseáveis. Formularemos hipóteses, a partir de construções doutrinárias e legislações, que serão testadas e avaliadas até que se chegue a uma solução satisfatória. Qualquer boa teoria científica possui proposições lógicas e conseqüentemente estas devem ser verificadas para serem aceitas.

No que se refere ao modo procedimental, este será o analítico, promovendo exame meticuloso dos conceitos dos serviços de telecomunicações que veiculam conteúdo eletrônico, dos serviços de radiodifusão e da Internet, para em seguida por meio de posicionamentos

críticos elaborados acerca de iniciativas legislativas sobre o tema, elaborar um conceito de comunicação social eletrônica e propor alguns princípios e diretrizes para a criação de normas de regulação e controle sobre a comunicação social eletrônica.

2. – OS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA

2.1. – A importância da Comunicação Social Eletrônica

A Comunicação midiática invade nossa vida, na verdade, muito mais do que pensamos. Ela está em nossas atividades diárias, já derrubou inclusive governos, como o de Fernando Collor de Mello. Desde o final do milênio passado, porém, a mídia eletrônica vem cada vez mais se associando à tradicional mídia impressa. Em nosso tempo, diferentemente de outras épocas, ferramentas eletrônicas são utilizadas para promover a defesa de ideologias políticas e, ao mesmo tempo, por pessoas que não tem qualquer ideologia (IRVING; FANG. 1997 p. 19)...

Não obstante ser propósito do presente trabalho esboçar um conceito sólido de comunicação social eletrônica apenas paulatinamente, parece-nos didaticamente recomendável que apresentemos desde já uma noção desse conceito. Este conceito foi introduzido pela Emenda Constitucional n.º 36/2002. No Capítulo da Comunicação Social da Constituição Federal, há referência a *Serviços de Comunicação Social*. Inicialmente, serviço de comunicação social cobria apenas rádio, TV e imprensa escrita, mas há incursões interpretativas buscando estender o conceito a outros serviços. Nesse sentido, entendemos por comunicação social eletrônica qualquer atividade que informe visual ou auditivamente, ou ambas, por meios eletrônicos. Nesse sentido aí incluímos televisão, rádio, TVs por Assinatura, aparelhos celulares interativos, Internet, etc.

Não há forma mais simples e efetiva de se demonstrar a importância da comunicação social eletrônica, e de toda a sua discussão, do que colocar os números de usuários desses serviços. Os meios de comunicação social eletrônica são hoje fontes de informação para a grande parte da população nacional. Sua penetração é bastante alta entre a população. Senão

vejamos: 90% dos lares brasileiros possuem TV aberta¹, existem 90 milhões de celulares no Brasil², cerca de 8,3% dos lares brasileiros possuem TVs por Assinatura³, e há cerca de 14 milhões de assinantes de Internet.⁴ ?

Vale lembrar que os números acima são referentes apenas ao número de assinantes ou proprietários de aparelhos de TV. O número de usuários reais desses serviços, telespectadores, na verdade é muito maior. Quantas pessoas não utilizam, por exemplo, a Internet sem ter esse serviço em casa, ou chamam seus amigos e vizinhos para assistir a algum programa na TV por Assinatura? E, mais ainda, destaca-se o número crescente de empresas que disponibilizam e utilizam a Internet a seus empregados, pessoas que têm acesso aos serviços da Internet em escolas, faculdades e bibliotecas e nas mais diversas localidades.

Ademais, o número de usuários da maioria dos serviços de comunicação social eletrônica cresce vertiginosamente. Com relação à Internet, o *Yankee Group*, Instituto de pesquisa americano, em um estudo chamado *A Second Wave: The Brazilian Internet User Forecast* projeta para o Brasil o número de 42,3 milhões de usuários de Internet, já em 2008. Segundo pesquisa efetuada pela Júpiter Communications, o Brasil está entre os oito maiores usuários de Internet no mundo e representa 40% dos usuários da América Latina.

Oportuno salientar, outrossim, que o Brasil está em processo de escolha do padrão de TV Digital. Com a implementação da TV Digital será possível a interatividade do telespectador, bem como a aparecimento de outros canais, pela compressão digital do espectro radioelétrico.

Com esses números de penetração, a comunicação social eletrônica hoje, e cada vez mais, constitui-se numa ferramenta poderosa que molda a cultura, inicia tendências, influencia comportamentos, promove personalidades, a consciência política, etc (PEREIRA; GUILHERME DÖRING, 2002, p. 42.

¹ www.telecom.org.br/editorial/convergencia_sw_fgv_281105.ppt. Acesso em 13.3.2006

²

http://www.anatel.gov.br/comunicacao_movel/smc/smc.asp?CodArea=31&CodTemplate=26. Acesso em 25.3.2006.

³ http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/tv_assinatura/graficosbal2sem2005.pdf. Acesso em 14.3.2006

Abaixo, passaremos a discutir cada um dos serviços de comunicação social eletrônica, com enfoque na conceituação dos serviços, o que nos servirá de embasamento teórico e mola propulsora para a crítica das iniciativas legislativas que serão objeto de nossa análise e a posterior costura de um conceito preciso e criterioso de comunicação social eletrônica bem como as bases de uma nova regulamentação.

2.2 – Os Serviços de Comunicação Social Eletrônica

2.2.1 – Breves considerações

Para tecer um conceito mais sólido do que vem a ser de fato comunicação social eletrônica, entendemos essencial discorrer acerca dos conceitos de serviços de telecomunicações, radiodifusão e outros, que produzam ou distribuam conteúdo eletrônico. Essa necessidade decorre também do imperativo de contextualizar essa definição dentro do contexto jurídico e regulatório já existentes.

Nesse sentido, para os fins deste trabalho, e por conveniência e maior didatismo, será examinado, de início, o desenvolvimento histórico e regulatório dos serviços em que a comunicação social eletrônica é parte inerente ao serviço (serviços de comunicação eletrônica de massa), e, em seguida, o de outros serviços de telecomunicações, bem como da Internet.

No arcabouço regulatório hoje existente, o conteúdo eletrônico é parte inerente aos serviços de Radiodifusão sonora e de sons e imagens, de Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal – MMDS, de Distribuição de Sinais de Áudio e Vídeo via Satélite – DTH e de TV a Cabo. Esses serviços são, geralmente, conhecidos como serviços de comunicação eletrônica de massa⁵. Neles, o concessionário ou autorizado é geralmente

⁴http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortalIBOP E&pub=T&nome=home_materia&db=caldb&docid=3E9933D0041F31C08325715600691561. Acesso em 26.4.2006.

⁵ Vale lembrar que até 2005, a Anatel contava em seu organograma com uma Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa. Além disso, a expressão é definida em regulamento da Anatel.

responsável pelo conteúdo distribuído, assim como pelo seu empacotamento e grade de transmissão.

Existe uma outra categoria de serviços em que a comunicação social eletrônica não constitui parte inerente. É o caso dos Serviços de Comunicação Multimídia - SCM e do Serviço Móvel Pessoal - SMP, o celular, entre outros serviços. Nestes, em geral, o usuário, que não é autorizatário, define o conteúdo da comunicação como, por exemplo, uma conversa, no SMP, entre duas pessoas. Os autorizatários não só não definem o conteúdo trafegado no serviço, como têm a obrigação de transmiti-lo sem alterações e sem sequer tomar conhecimento a respeito do teor desse conteúdo transmitido. Tanto o SCM como o SMP (e outros serviços de telecomunicações), entretanto, podem distribuir conteúdo, na medida em que não se confundam com os serviços de comunicação eletrônica de massa.

2.2.2 – A Radiodifusão

Diante do ímpeto estatizante dos constituintes de 1988, os radiodifusores resolveram separar as disposições relativas à radiodifusão daquelas que tratavam dos demais serviços de telecomunicações. Assim, a parte de monopólio estatal, ou seja, as telecomunicações públicas, ficava assepticamente separada da radiodifusão.

Por outro lado, foram cristalizadas na Constituição, no capítulo da Comunicação Social, art. 222, disposições que vedavam no rádio e na TV:

- qualquer participação estrangeira, por ínfima que fosse;
- pessoas jurídicas como sócios, ainda que fossem controladas 100% por brasileiros.

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.”

Além disso, no período imediato após a ditadura, sendo os riscos de retaliação às TVs não desprezíveis pelo papel de cumplicidade que tiveram com o regime militar na visão de muitos, os radiodifusores introduziram elevadíssimo grau de proteção contra a cassação ou retomada pelo Estado dos canais de rádio e TV.

Nesse sentido, por exemplo, a não-renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal (Art. 223, § 2º). Com relação a um possível cancelamento da concessão ou permissão antes do vencimento do prazo, esta somente será possível por meio de decisão judicial (Art. 223, § 4º):

“Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 2º - A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 4º - O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.”

Assim, a Constituição de 88 teve vários efeitos:

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

O Art. 6º da Lei n.º 4.117/62, que institui o Código Brasileiro das Telecomunicações, estabelece 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 era suficiente em 1962; hoje ela é sub-inclusiva. Pela sua história, e pelo espírito da Lei, pode-se dizer que o serviço de radiodifusão atende aos seguintes balizamentos:

- seu conteúdo é definido pelo radiodifusor;
- o radiodifusor é responsável pelo conteúdo de suas transmissões;
- o conteúdo da radiodifusão é difundido (colocado no ar), conforme grade de programação definida pelo radiodifusor;
- O conteúdo é difundido a todos simultaneamente;
- 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);
- a radiodifusão é um serviço unidirecional; não há interatividade nem canal de retorno;
- há um número mínimo de horas a transmitir diariamente;
- há um limite máximo ao tempo de propaganda comercial veiculada;

- os meios de transmissão (canal, antena, transmissor, etc.) são de propriedade do radiodifusor;
- a radiodifusão é um serviço terrestre;
- a radiodifusão de sons e imagens é suportada por canais nas faixas tradicionalmente conhecidas como VHF e UHF;
- a radiodifusão é um serviço ponto-área; (comunicação entre um ponto de origem e vários pontos de destino, que constituem uma área).
- o radiodifusor não sabe quem está recebendo seu programa;
- o usuário de radiodifusão (ouvinte ou telespectador) não precisa de qualquer autorização do radiodifusor para usufruir o serviço;
- o usuário nada paga para receber o serviço de radiodifusão;
- Não pode haver qualquer contrato entre o explorador de radiodifusão e o usuário como condicionante para usufruto do serviço;
- o equipamento para recepção do serviço de radiodifusão é facilmente disponível;
- 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;
- a remuneração do radiodifusor provém de veiculação de comerciais;

Dessa forma, uma emissão recebida em um monitor de TV não constitui necessariamente serviço de radiodifusão de sons e imagens. Por exemplo, programas em monitores de vídeo em aeroportos não se confundem com o serviço de radiodifusão de sons e imagens porque, entre outras razões, o monitor é fixo, i.e., para usufruir o serviço o interessado tem que ir ao aeroporto; 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 SMP.

2.2.3 – A TV a Cabo

A Lei de TV a Cabo define o serviço como segue:

Art. 1º O Serviço de TV a Cabo obedecerá aos preceitos da legislação de telecomunicações em vigor, aos desta Lei e aos regulamentos baixados pelo Poder Executivo.

Art. 2º 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 por meios físicos.

Parágrafo único. Incluem-se neste serviço a interação necessária à escolha de programação e outras aplicações pertinentes ao serviço, cujas condições serão definidas por regulamento do Poder Executivo.

O que salva a definição da TV a Cabo de um 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, quase nada, o serviço está sujeito aos “preceitos desta 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 (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 restrita⁶.

⁶ A Lei Geral de Telecomunicações - LGT dispõe que:

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

- a TV a Cabo é um serviço ponto-multiponto;
- um equipamento essencial para recepção do serviço (*set top box*) não disponível no varejo;
- o assinante tem que usufruir do serviço no local indicado na assinatura;
- a remuneração da concessionária advém de assinatura e de anúncios comerciais;
- não há limitação à quantidade ou tempo de anúncios comerciais;
- 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”.
- o conteúdo do serviço é definido e de responsabilidade do concessionário, exceto quanto aos canais de transmissão obrigatória (p. ex., os de *must carry*);
- o serviço é entregue ao assinante por meios físicos (cabos, fibras ópticas);
- é necessário um contrato para se ter acesso ao serviço;
- há uma grade de programação (normalmente provida mensalmente);

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;

- 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);
- todos os programas são disseminados simultaneamente, e estão disponíveis, em todos os *set top boxes*, a quem os assinar;
- a concessionária sabe onde o serviço está sendo provido (ela conhece o assinante, que fornece, inclusive, o endereço de instalação);
- a concessionária pode habilitar ou desabilitar remotamente um terminal de acesso (*set top box*);

A infra-estrutura subjacente à TV a Cabo presta-se bem a aplicações interativas, inclusive INTERNET de alta velocidade. O Serviço de Comunicação Multimídia – SCM pode, por exemplo, usar essa infra-estrutura para oferta de conteúdo de vídeo e áudio (desde que seja de forma que tal prestação não se confunda com TV a Cabo).

2.2.4 – O Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite - DTH

o primeiro instrumento que serviu de base para tratamento regulatório do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite - DTH foi a Norma NGT 005, aprovada pela Portaria nº 230 de 01 de outubro de 1991, expedida pela Secretaria Nacional de Comunicações do Ministério da Infra-Estrutura. Era uma norma bastante liberal, que permitiu o investimento e o desenvolvimento do serviço. O item 5.2 dessa norma dispunha que:

“5.2 É automática a permissão para exploração ou execução, através de meios já autorizados, de serviços limitado privado, limitado de múltiplos destinos, de distribuição de programas de sons e de sons e imagens e de

qualquer serviço de caráter unidirecional (recepção apenas) de telecomunicações via satélite⁷”.

Como as autorizações de DTH, ainda hoje, na prática, são expedidas a quem, devidamente habilitado, requerer, fica a questão da necessidade (ou desnecessidade) de regulamentação como aquela ainda em vigor.

Cabe aqui uma digressão para reflexão sobre a autorização prévia para prestação de serviços como DTH, MMDS e TV a Cabo. Uma primeira questão é: por que tem que haver uma autorização prévia?

O art. 220 do Capítulo da Comunicação Social estabelece:

“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.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

[...]

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.”

Ou seja, no caso da imprensa escrita, não cabe licença prévia da autoridade. O raciocínio principal é que a matéria prima da imprensa, o papel, não constitui recurso escasso,

⁷ Estes serviços existiam sob a égide do CBT (Lei 4.117/62).

e portanto, o princípio da liberdade de manifestação do pensamento, não precisa sofrer esse tipo de condicionante (licença prévia).recurso escasso não é motivo para adotar regime público.

A própria Constituição, por outro lado, fala de concessão de radiodifusão, e o faz , mais uma vez, com base na escassez da matéria prima da radiodifusão, o **espectro** de radiofrequências⁸. Ora, não há escassez de cabo ou fibra óptica que justifique sujeitar o serviço de TV a Cabo à licença prévia⁹. Também no caso do DTH, o autorizatário do serviço usa sempre meios que não lhe pertencem, meios de satélites já autorizados a operar no Brasil. Apenas no caso do MMDS persistiria a validade do princípio da escassez para imposição de licença prévia.

A Norma 008/97, de 21 de maio de 1995, Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH), o define como segue:

“2.1 O Serviço DTH é uma das modalidades de Serviços Especiais¹⁰ regulamentados pelo Decreto nº 2.196, de 8 de abril de 1997, que tem como objetivo a distribuição de sinais de televisão ou de áudio, bem como de ambos, através de satélites, a assinantes localizados na área de prestação do serviço”.

Mais uma vez, trata-se de uma definição vaga, ainda que em menor grau quando comparada ao caso da radiodifusão, por exemplo.

Não há restrição ao capital estrangeiro, vez que o DTH nasceu sob o CBT e hoje se encontra sujeito à Lei Geral de Telecomunicações, 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:

⁸ Hoje, entretanto, o princípio da escassez para a radiodifusão é de aplicação no mínimo duvidosa, haja vista que há muito mais rádios e TVs do que jornais diários, por exemplo.

⁹ A justificativa clássica para autorização prévia de uma TV a Cabo nos EUA é que é necessário cavar ruas para passar os cabos ou enfiá-las para passar postes, causando inconvenientes aos cidadãos.

¹⁰ Uma das classificações de serviços do CBT.

“4 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 do DTH são semelhantes às da TV a Cabo, salvo que não há *must carry* de canais locais, até pelo caráter nacional do DTH, nem obrigatoriedade de transporte dos canais do Legislativo, do Judiciário, etc.

Por enquanto, o DTH é um serviço unidirecional e qualquer canal de retorno tem que utilizar outros meios, por exemplo, uma linha telefônica.

2.2.5 - O Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal - MMDS

O Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal - MMDS é regulado pela NORMA Nº 002/94 - REV/97. Esta norma é anterior à LGT, mas foi por ela recepcionada.

A regulamentação do MMDS, apesar de anteceder a Lei de TV a Cabo por cerca de dois anos, é muito mais moderna, condizente com os novos tempos.

O MMDS assim é definido na NORMA Nº 002/94 - REV/97:

“2.2 Serviço MMDS: é uma das modalidades de Serviços Especiais¹¹, regulamentados pelo Decreto no 2.196, de 8 de abril de 1997, que se utiliza de faixa de microondas para transmitir sinais a serem recebidos em pontos determinados dentro da área de prestação do serviço”.

O MMDS é uma versão wireless da TV a Cabo, que utiliza meios físicos. Já nasceu reconhecendo um certo tipo de convergência, como expresso no item 2.2.1 de sua Norma: Os

¹¹ Classificação de serviço segundo o Código Brasileiro de Comunicações - CBT.

sinais a serem transmitidos poderão estar associados a qualquer forma de telecomunicação tecnicamente disponível.

Ou seja, o MMDS previa, desde o começo, que sinais distintos do de vídeo poderiam ser transmitidos como parte do serviço.

Isto fica, também, evidente, no item 9.1.2 (grifo adicionado):

“9.1.2 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”.

É possível concluir que o MMDS pode, como MMDS, sem precisar lançar mão do conceito de serviço de valor adicionado, fazer distribuição de dados.

O MMDS não tem, nem pode ter (pela limitada capacidade de canais) obrigações de transporte de programas ou canais, por exemplo, *must carry*.

2.2.6 – A Internet

A Internet 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 acesso.

É imperioso notar, contudo, que 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 Internet (PEREIRA, GUILHERME DÖRING CUNHA. , 2002, p. 79). Isso também vale para as condições ou pressupostos para que as redes operem bem como com relação ao conteúdo a ser transmitido.

Em abril de 1995, o Ministério das Comunicações – MC e o Ministério da Ciência e Tecnologia - MCT decidiram lançar um esforço comum de implantação de uma rede Internet global e integrada, abrangendo todo tipo de uso. Surgiu, então, o *backbone* nacional de uso misto, comercial e acadêmico, resultante da expansão e reconfiguração do *backbone* de uso puramente acadêmico.

Dáí resultaram as primeiras bases políticas e estratégicas da Internet no Brasil, ou seja, a concepção e implantação de um modelo de serviços de Internet no Brasil que assegurasse cobertura nacional, vasta gama de aplicações, e baixo custo para o usuário final, com papel prioritário reservado à iniciativa privada.

Da leitura dos arts. 61 e 62 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT, temos que a competência regulatória da Anatel, no que diz respeito à Internet, fica 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 rede.

O Comitê Gestor da Internet no Brasil, 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. 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 Internet.

Percebe-se que, assim como a Anatel, o Comitê Gestor da Internet no Brasil não possui 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.

Resta-nos demonstrado, portanto, que a Anatel e o Comitê Gestor da Internet no Brasil não possuem competência para regular matéria referente a conteúdo na Internet. Se não há

competência regulatória no País, ou seja, 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. 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 (JUSTEN FILHO; MARÇAL, 2002, p. 41).

Com isso, a Internet, como 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 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.

2.2.5.1 – Propriedades da Internet

A Internet detém várias características que fazem dela uma mídia única, destacando-se aquelas apontadas no caso *Janet Reno vs American Civil Liberties Union – ACLU*:

(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 muito 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 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. Tentativas nesse sentido 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 informação.

Confunde-se, não raramente, e às vezes valendo-se de má fé, que um vídeo que apareça na tela de um computador se confunde com radiodifusão (TV), só porque a tela se assemelha a um receptor de televisão.

Esses sentimentos e idéias são bastante incentivados pelos radiodifusores, que pressentem o potencial competitivo da Internet, principalmente a que é oferecida sobre banda larga. A tática dos radiodifusores é impor à Internet os ônus que pesam sobre a radiodifusão, principalmente as restrições constitucionais de propriedade, controle e de responsabilidade sobre programação (o que, diga-se de passagem, é impraticável). Esse raciocínio, que é central para o trabalho, deve ter maior destaque, desde o início.

A Internet difere da radiodifusão pelas seguintes razões, entre outras:

- Seu conteúdo não é definido por um (nem por uns poucos) agente, mas por milhões de usuários. Na radiodifusão o conteúdo é definido pelo radiodifusor;
- Não existe grade de programação na Internet;
- O conteúdo é hospedado ou armazenado em provedores de conteúdo e o internauta vai buscar o conteúdo que lhe interessa; o conteúdo não é enviado ao internauta, nem muito menos difundido simultaneamente a todos os internautas. O conteúdo que o radiodifusor

difunde é o mesmo para todos os telespectadores, que apenas têm a opção de ligar o aparelho de TV e ver o programa, ou não ligar e não vê-lo.

- A Internet não é obrigada a transmitir programas oficiais do Governo (propaganda eleitoral gratuita; cadeias nacionais ou regionais requisitadas pelo Governo; programa de informação dos Poderes da República, no caso do Rádio)

- a Internet é um serviço bidirecional e implica forte interatividade, enquanto a radiodifusão é um serviço unidirecional; não há interatividade nem canal de retorno;

- na Internet não há um número mínimo de horas a “transmitir” (disponibilização de acesso) diariamente nem um limite máximo ao tempo de propaganda comercial veiculada;

- Na Internet os meios de transmissão não são de propriedade dos emissores ou controladores de conteúdo, como na radiodifusão;

- o usuário, como regra geral, muitas vezes paga pelo acesso aos serviços de Internet e nada paga, necessariamente, para receber o serviço de radiodifusão;

- Na Internet pode haver contrato entre o explorador do serviço e o usuário/assinante; a recepção da radiodifusão é livre e direta;

- a remuneração do prestador de serviço pode advir do contrato com o usuário ou de propaganda, enquanto a fonte de recursos dos radiodifusores provém unicamente de veiculação de comerciais;

- sempre se sabe ou se pode saber, no ambiente Internet, quando um usuário (ou quando um certo equipamento) está acessando a rede. O radiodifusor não sabe quem está recebendo sua programação;

- o acesso à Internet se dá por qualquer meio técnico ou tecnológico (par de fios, cabo, fibra, *wireless*); a radiodifusão é sempre pelo ar;

- à proatividade de um usuário da Internet, que interage na rede e busca o que quer, na hora que quer, se contrapõe a relativa passividade de um telespectador de radiodifusão, que recebe o programa de TV distribuído pelo radiodifusor.

2.2.6 – O SCM

O Serviço de Comunicação Multimídia – SCM é idiossincrático no sentido de que foi o primeiro serviço, no Brasil, que teve uma regulamentação na qual convergiam vários serviços. O SCM deveria aglutinar não apenas o SLE (Serviço Limitado Especializado, de circuito e de redes), mas também, dentro obviamente dos limites legais, os chamados serviços de comunicação de massa por assinatura (TV a Cabo, MMDS e DTH). A palavra “multimídia” no nome do serviço trai um pouco essa intenção original.

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.

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.

Desmembrando este 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.

Dessa forma, não faz sentido que o regulador precise permitir expressamente uma coisa que, em princípio, qualquer prestadora pode oferecer: capacidade de transmissão, emissão ou recepção de informações multimídia, que 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.

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 SCM¹².

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.

2.2.7 – Serviço Móvel Pessoal - SMP

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.

Dessa definição percebemos que o SMP 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

¹² 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 (MMDS, TV a Cabo e DTH). Os serviços de comunicação de

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.

Dessa forma, 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.

É preciso definir para o leigo o que é cada serviço, antes de entrar no regime jurídico. Sugiro que sejam dados exemplos e usados os nomes comerciais ou populares.

A questão de fundo parece ser a permissão legal para a veiculação de conteúdos por serviços distintos da radiodifusão. Esse problema, que orienta o trabalho, deve ser apresentado de início.

3. – A COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL Esse capítulo deveria vir antes do 2

3.1 – Histórico e interpretações de comunicação social eletrônica na Constituição Federal de 1988

O que se pretende neste sub-capítulo, é traçar o cenário normativo atual do que seria, a comunicação social eletrônica. Tomemos como ponto de partida a Constituição Federal, e como primeiro destaque o Artigo 21, que trata das competências da União, conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/0/95 aos incisos XI e XII:

“Art 21. Compete à União:

...

massa em geral têm a característica de ter a transmissão de sua programação realizada de

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

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens”.

Esse setor, até 1995, estava sob o abrigo do mesmo arcabouço político, regulamentar e regulatório: o ministério das Comunicações e a Lei nº 4.117/62, também conhecida como Código Brasileiro de Telecomunicações. Após 1995, desde a aprovação da Emenda Constitucional nº 8, o setor foi cindido em dois segmentos, sem qualquer lógica normativa racional que o justificasse:

- (i) O segmento das telecomunicações, que discutiremos mais detalhadamente em seguida, compreende os serviços de telefonia fixa e móvel, de comunicação de dados e uma gama de outros serviços similares, e mais todo um sub-segmento de televisão por assinatura, distribuído por cabos, por redes de micro-ondas e por satélites. Esse setor foi submetido a uma nova lei, de nº 9.472/97, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações, e regulatoriamente a um novo ente estatal autárquico: a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).
- (ii) O segmento da radiodifusão sonora e de sons e imagens, que compreende as concessionárias e permissionárias de serviços de televisão e rádio de livre recepção, e que continuou regido pela Lei nº 4.117/62, sob a regulação do ministério das Comunicações, exceto no que toca à gestão do espectro, que é feita pela Anatel.

Qualquer revisão que se venha a fazer nos marcos normativos das comunicações, como aqui se pretende, precisará enfrentar a contradição inscrita na Constituição Federal em 1995, na forma de uma separação normativa arcaizante entre telecomunicações e o que ainda se define como radiodifusão sonora e de sons e imagens.

O segundo ponto da análise remete-se também à Constituição Federal, especificamente ao seu Capítulo V, intitulado Da Comunicação Social, Artigos 220 a 224.

O primeiro obstáculo a ser transposto na necessária revisão ampla desse Capítulo é conceitual e nasce da pluralidade de sentidos que o texto constitucional dá à idéia de Comunicação Social.

Conforme o caput do Artigo 220, Comunicação Social é a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo. Uma definição largamente retórica e, por isso, imprecisa. Se manifestação do pensamento e informação são mais fáceis de serem compreendidos no contexto da definição, criação e expressão, tal como aparecem, sem um complemento que as clarifique, fazem delas intenções normativas praticamente vazias de sentido.

Quanto ao que o legislador pretendeu dizer com formas, processos e veículos, pode-se argumentar que as duas primeiras idéias têm caráter mais político e sociológico, ao passo que a terceira, que se repetirá no texto do capítulo, é a que introduz o elemento tecnológico na definição constitucional de comunicação social (ALMEIDA; ANDRÉ MENDES, 2001, p. 66). É o que se pode depreender, por exemplo, do texto do § 1º, quando nele se lê que: Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. A analogia aqui, amplamente conhecida e usada, é com os veículos de transporte de passageiros, substituídos na definição de comunicação social por sinais, informações e mensagens.

Adiante, no mesmo Artigo 220, § 3º, II, surgem dois novos elementos definidores de Comunicação Social, quando se lê que compete à lei federal: estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão. Por seu turno, o § 5º aparece com novo elemento definidor, ao rezar que: os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. Já o § 6º traz outra contribuição conceitual: a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Passemos agora ao Artigo 222, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 28/05/2002. Já no caput, ele introduz mais um elemento definidos de Comunicação Social: A propriedade de **empresa jornalística** e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Mas, é no Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 28/05/2002 que o problema conceitual se agrava, ao se ler que os meios de **comunicação social eletrônica**, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço.

Uma varredura hermenêutica no Capítulo V, que dê conta do modo mais claro possível do que se quer conceituar por Comunicação Social, é o segundo passo a ser dado em uma eventual revisão por que ele venha a passar.

Vale recordar que o Capítulo da Comunicação Social resultou do mais polêmico episódio de todos os que ocorreram por ocasião da elaboração da Constituição de 1988; ele foi o único a não ter um texto base aprovado na sub-comissão de origem, por pressão do lobby dos concessionários de televisão, e teve por isso que ser redigido de forma largamente improvisada na Comissão de Sistematização. Não devem causar, pois, surpresas as imprecisões conceituais aqui apontadas, além de outros dispositivos ilógicos, como os registrados a seguir.

Reza o Artigo 223 que compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Ocorre que o Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem; § 2º, ou seja, a não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal; 3º: o ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores. O eventual cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. Finalmente cabe destacar que o prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

A introdução do Congresso Nacional no processo de outorga de rádio e televisão, que se comprovou com o tempo ter sido meramente formal e homologatória, só ocorreu como resposta do lobby dos concessionários e permissionários de rádio e televisão a pressões de

segmentos sociais por um órgão regulador autônomo para o setor. Mas, aproveitou-se aquele lobby da ocasião para tornar suas outorgas virtualmente imunes a perempções ao conseguir que as não renovações somente se dessem por votação nominal por dois quintos do Congresso Nacional, e que o eventual cancelamento se desse somente por decisão judicial. Não menos importante, para os propósitos revisores desta análise, é o dispositivo que constitucionalizou os prazos de outorga de rádio e televisão; um engessamento absurdo do que deveria ser um flexível mecanismo administrativo de política pública.

Quanto às pretensões dos segmentos sociais por um órgão regulador autônomo para as comunicações, elas resultaram na criação de um, relativamente, inócuo Conselho de Comunicação Social (Artigo 224), órgão auxiliar do Congresso Nacional que, mesmo regulamentado por lei em 1991, somente seria instalado em 2002, na esteira do polêmico acordo entre a então oposição, liderada pelo Partido dos Trabalhadores, e o lobby da radiodifusão, para mudar a redação do artigo 222 e permitir o ingresso de pessoas jurídicas, inclusive estrangeiras – limitadas a 30% do capital total e votante – nas empresas ‘jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens’.

Em suma, passados 18 anos da polêmica elaboração do Capítulo V da Constituição Federal, é tempo de, mesmo ao custo de novas e custosas polêmicas, revisá-lo na sua totalidade, conceitual e programática, sem o que os passos regulamentares seguintes continuarão a não passar de remendos normativos a agravar o cenário fragmentado e disperso que hoje é o principal atributo político-econômico das comunicações brasileiras.

3.2 - A comunicação social eletrônica e o Cenário Normativo

A Lei n.º 9472/97, Lei Geral de Telecomunicações – LGT, incorporou diretamente grande parte dos princípios de liberdade da CF, transmitindo diretamente para o setor de telecomunicações as garantias e direitos fundamentais que sustentam e embasam as pretensões dessa legislação.

O art 5º da LGT deixa evidente esse transporte de direitos e princípios constitucionais para a LGT. Esse art. estatui que, na disciplina das relações econômicas no setor de

telecomunicações observar-se-ão, dentre outros, os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico, etc.

Na mesma linha, o art. 19 da LGT determina que à Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando dentro dos preceitos de legalidade, já discutidos acima.

No art. 128 dessa mesma Lei, a garantia fundamental contra a intervenção estatal torna-se patente:

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

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

...

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

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

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

Nota-se, portanto, a série de condicionamentos e entraves que a Lei prescreve quanto às possibilidades de regulação das atividades privadas em telecomunicações, cabendo ao Poder Público, nesse caso à própria Anatel, demonstrar a necessidade imperativa, a

proporcionalidade entre o proveito coletivo e a privação que dele decorrer e a não afetação do equilíbrio entre os deveres impostos e os direitos das prestadoras.

Como a liberdade é a regra, enunciado decorrente do princípio da legalidade, qualquer intervenção na vida privada deve ser justificada sobejamente em seus múltiplos aspectos.

A liberdade de expressão, direito fundamental, está também sujeita ao princípio da legalidade, bem como às diretrizes principiológicas que guiam a regulamentação de telecomunicações, conforme demonstrado supra.

4. – O MERCADO DA COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA

Neste capítulo consideraremos apenas os serviços de comunicação social eletrônica que possuem o conteúdo como parte inerente à prestação do serviço.

Os serviços de Radiodifusão, de TV a Cabo, MMDS e DTH são, coletivamente, conhecidos como Serviços de Comunicação Eletrônica de Massa, pois têm muitas características em comum. A principal delas é que o conteúdo é parte inerente ao serviço; eles se descaracterizariam por completo sem o conteúdo, normalmente audiovisual¹³.

Os Serviços de Comunicação Eletrônica de Massa estão definidos, ou, antes, conceituados 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;

¹³ Nos EUA, eles se oporiam aos chamados *common carriers*, i.e., aqueles serviços em que o conteúdo é determinado pelo usuário.

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.

§ 1º. A prestação dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá observar os termos dos arts. 211 e 215, I, da Lei n.º 9.472, de 1997.

§ 2º. O serviço de TV a Cabo, nos termos do art. 212 da Lei n.º 9.472, de 1997, continuará regido pela Lei n.º 8.977, de 6 de janeiro de 1995.

Os Serviços de Comunicação Eletrônica de Massa podem ser recebidos livres e diretamente pelo público em geral (radiodifusão) ou mediante contrato (TV a Cabo, MMDS e DTH).

Quanto à radiodifusão, a rede Globo de Televisão detém em média 57% do share de audiência das redes nacionais, contra 21% do SBT, 7% da Record, 5% da Bandeirantes, 3% da Rede TV e 11% das restantes¹⁴.

Veremos, agora, algumas informações sobre o mercado de Serviços de Comunicação Eletrônica de Massa por Assinatura - SCEMA.

A *Tab 6.1* mostra o número de outorgas de SCEMA e a *Tab. 6.2* o Market Share no SCEMA, por assinante:

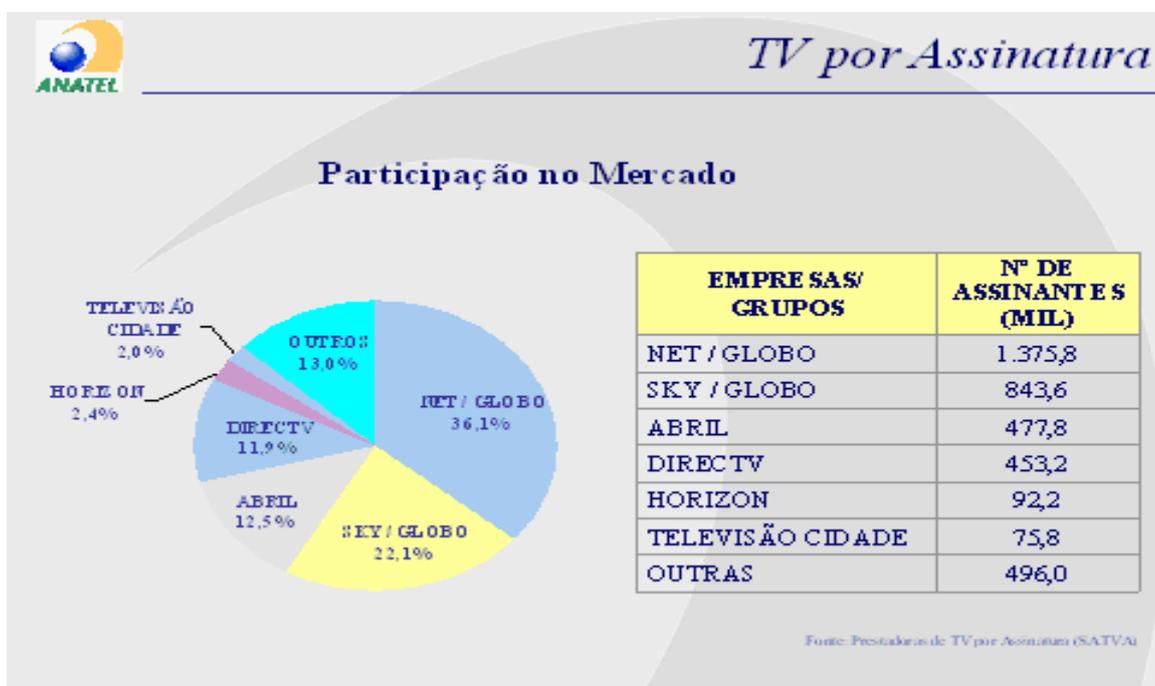
Tab. 6.1 *Outorgas de SCEMA em junho de 2005.*

¹⁴ Mídia Dados 2005, 2005. Grupo de Mídia São Paulo, coordenadora Ana Lúcia Magalhães.



Fonte: Anatel

Tab. 6.2 Market Share no SCEMA. Por assinante.



Fonte: Anatel

Se considerarmos que a Globo controla o line-up de conteúdo nacional na NET, na Sky e, mercê da fusão próxima, na Directv, ou seja, mais de 60% dos assinantes de SCEMA, não é difícil inferir que o sucesso ou insucesso do modelo escolhido pelo Grupo Globo determina o sucesso ou insucesso do SCEMA no Brasil. Infelizmente, a história é de

insucesso. Ao contrário de todos os demais serviços de telecomunicações, que superaram as previsões expressas no Programa PASTE, o SCEMA ficou largamente atrás, conforme mostrado na Fig. 6.3:

Fig. 6.3 Assinaturas do SCEMA: previsto no PASTE e realizado. (milhões assinaturas)



Em termos de faturamento e sua evolução, no comparativo das várias mídias, percebe-se a enorme vantagem da TV (Tab. 6.4).

Tab. 6.4 Faturamento das Várias Mídias

| Meio | Faturamento Direto | | | | Faturamento via Agências | | |
|-----------------------|--------------------|-----|---------|-----|--------------------------|-----|--|
| | 2003 | % | 2004 | % | 2003 | % | |
| Jornal | 593.580 | 24% | 720.220 | 26% | 1.412.548 | 15% | |
| Rádio | 140.275 | 6% | 155.471 | 6% | 361.213 | 4% | |
| Revista | 211.571 | 9% | 260.874 | 9% | 827.132 | 9% | |
| Televisão | 505.747 | 20% | 554.897 | 20% | 6.023.403 | 66% | |
| Mídia Exterior | 311.543 | 13% | 305.805 | 11% | 320.030 | 3% | |

| | | | | | | |
|---------------------------------|---------|-----|---------|-----|---------|----|
| TV assinatura | 10.995 | 0% | 22.976 | 1% | 177.324 | 2% |
| Internet | 108.810 | 4% | 141.394 | 5% | 55.685 | 1% |
| Listas Classificadas (*) | 600.000 | 24% | 650.000 | 23% | --- | 0% |

Fonte: Mídia Dados 2005

Pode-se ter uma idéia do potencial de crescimento de certas mídias no Brasil por comparação a outros países como modelos de negócios ou economias semelhantes (Tab. 6.5)

Tab. 6.5 Potencial de Crescimento

| Potencial para o crescimento da comunicação no país | Brasil | Argentina | México | EUA |
|--|------------------------|---------------------|---------------------|-------------------|
| População (em milhões)¹ | 181,5 | 38,6 | 104,6 | 290,3 |
| População maior de 20 anos (em milhões) | 112,8 | 25,0 | 78,9 ² | 209,7 |
| PIB (US\$ bilhões) | 601,5 | 129,7 ^{**} | 626,1 ^{**} | 11.004 |
| Total de domicílios (em milhões) | 48,5 | 10,07 [*] | 26,3 | 111,6 |
| Domicílios com TV (em milhões) | 44,0 | 9,9 | 24,1 | 108,4 |
| Domicílios com TV paga (em milhões) | 3,5 | 5,4 | 5,0 | 97,9 |
| Penetração de TV paga nos domicílios com TV (%) | 7,9 | 54,5 | 20,7 | 90,3 |
| Domicílios com internet (em milhões) | 5,6 | 0,91 ¹ | 2,3 | 67,2 |
| Domicílios com internet banda larga (em milhões) | 2,2 | 2,2 | n.d. | 33,6 |
| Domicílios com computador (em milhões) | 7,4 | 2,06 ¹ | 4,7 | 70,8 |
| Utilização de internet (em milhões de usuários) | 19,9 | 4,0 ^{**} | 12,9 | 207,0 |
| Revistas per capita | 2,0³ | 3,0 ⁴ | 6,0 ⁴ | 32,0 ⁵ |

Fontes: Veronis 2003 e 2004, IVC 2004, Indec, Inegi, IBGE 2003, Internet World Stats 2004, UIT 2003, Bureau de Publicidad en Cable e Internet, Bureau of Labor Statistic e Zenith Media (entre outros);

¹ Estimativa do IBGE (Brasil), julho de 2004/Projeção Indec (Argentina), 2005/Inegi (México), 2000/US Census Bureau (EUA), 2004; ² População maior de 12 anos;

³ Circulação Total IVC/população alfabetizada; ⁴ População adulta/FIPP; ⁵ População adulta/Veronis.

* 2001

** 2003

No caso da radiodifusão, o faturamento publicitário deveria refletir a audiência. A Tab. 6.6 mostra a divisão do bolo publicitário entre as várias mídias:

Tab. 6.6 Divisão do bolo publicitário



A TV aberta recebe mais de 60% do bolo publicitário. A rede Globo 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 Paulo. Este segmento empresarial que movimentou R\$ 11,2 bilhões em 2004, dos quais quase 60% ficaram com a Globo. Percentual que entre as décadas de 70 e 80 chegou a beirar 80%. Mas, nem esse decréscimo relativo de peso econômico ameniza o fato de que o poder de mercado da Rede Globo de Televisão é desproporcional em relação aos principais concorrentes - o Sistema Brasileiro de Televisão (SBT), a Rede Record de Televisão e a Rede Bandeirantes.

5. – O PROJETO DE LEI N.º 4.209 E A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 55/2004

5.1 – O Poder Político das Organizações Globo

Durante cerca de 40 anos, a radiodifusão operou 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, 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 surgiu com a Constituição de 1988.

Na verdade, o CBT foi largamente obra dos radiodifusores, promulgado ao arrepio de 52 vetos do presidente João Goulart. A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT foi criada nessa época, como instrumento de organização e resistência dos radiodifusores diante daquilo que acreditavam ser posições hostis do Presidente da República¹⁵.

A partir do início dos anos 70 ficou aparente a hegemonia da Rede Globo de Televisão¹⁶, com organização profissional e programação superior, que buscou com afinco e, de fato, conseguiu manter essa hegemonia mediante os seguintes mecanismos, teses e ações:

¹⁵ “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).” www.abert.org.br

¹⁶ Antes, a Rede Tupi era a hegemônica, no rastro das conquistas dos Diários Associados, capitaneados por Assis Chateaubriand.

- não alterar o CBT, ou permitir aprovação de outra Lei sobre o tema (qualquer emenda à Lei No. 4.117/62 poderia permitir a introdução de disposições indesejáveis. O CBT tornou-se o bastião inviolável do modelo de radiodifusão no Brasil);
- todas as inovações tecnológicas poderiam (e teriam que) ser acomodadas no marco do CBT;
- controle das afiliadas mediante contratos de afiliação estritos;
- alavancagem do poder das várias mídias controladas pelo Grupo (rádio AM, rádio FM, TV, jornal diário, revista, produção, TV a Cabo, DTH, etc). ;
- introdução, por meio do Decreto-Lei n.º 236/67, de limites à propriedade múltipla (p. ex., número de TVs que uma mesma pessoa pode possuir), com o objetivo de travar o crescimento dos Diários Associados (Rede Tupi);
- depois, quando já hegemônica, e quando surgiram outras mídias, como TV a Cabo e DTH, não permitir introdução de limites à propriedade cruzada¹⁷;
- tendo tido acesso ao capital e know-how estrangeiro (acordo Time-Life), esforçou-se por criar e manter barreiras ao acesso das emissoras a capital (p. ex., os sócios das emissoras de radiodifusão eram necessariamente pessoas físicas);
- apelo ao emocional, apresentando a radiodifusão como baluarte da defesa da cultura brasileira.

Assim, a Constituição de 88 teve vários efeitos:

- isolou e blindou a radiodifusão brasileira contra as empresas de telecomunicações, com muito maior fluxo de caixa;

¹⁷ Nos EUA, durante décadas, ninguém podia possuir ou controlar direta ou indiretamente, no mesmo lugar, uma TV ou um jornal diário; uma TV e uma TV a Cabo. Apesar de muitos acharem que essas regras poderiam ser relaxadas agora, elas seguem em vigor. Houve alterações liberalizantes com respeito à propriedade múltipla, mas não com respeito à propriedade cruzada.

- impediu a entrada de capital estrangeiro no setor, e
- contribuiu decisivamente para congelar a divisão de mercado entre as várias redes.

5.2 - A Proposta de Emenda Constitucional n.º 55/2004

Simultâneas na sua elaboração e tramitação nas duas Casas do Congresso, e convergentes em seus conteúdos, a Proposta de Emenda Constitucional – PEC n.º 55/2004 e o Projeto de Lei – PL n.º 4209/2004 têm por finalidade a criação de barreiras à entrada no mercado de comunicação social eletrônica de empresas estrangeiras, conferindo uma reserva de mercado para influentes empresas nacionais de mídia. Mas, menos do que medidas passíveis de efetivação legislativa imediata, elas são, por ora, sinalizações que a maior empresa brasileira de comunicação social envia ao setor de telecomunicações do seu poder, histórico, de produzir, sem contestação, legislação em causa própria.

Estas medidas tem e tiveram grande repercussão no mercado de telecomunicações e, bem ou mal, motivaram reações, mesmo que tardias, a um possível monopólio da informação na comunicação social eletrônica.

Para efeitos didático mais efetivo, e no sentido melhor alcança o desiderato a que se propõe este trabalho, a análise do teor tanto da PEC n.º 55/2004, como do PL n.º 4.209/2004 será feita pela transcrição do preceito normativo seguida da respectiva análise. Nessa toada, passamos a analisar a PEC:

“Art. 1º O art. 222 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística, de empresa de radiodifusão sonora e de sons e imagens, de empresa de acesso a Internet e de empresa que explore a produção, programação ou o provimento de conteúdo de comunicação social eletrônica dirigida ao público brasileiro, por qualquer meio e independentemente dos serviços de telecomunicações de que façam uso e com os quais não se confundem, 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”.

O *caput* do art. 222 da Proposta de Emenda Constitucional N°. 55/2004 amplia largamente as fronteiras de aplicação das restrições ao capital estrangeiro no que tange à Comunicação Social. A intenção declarada do senador é promover a soberania e a identidade nacionais, assim como o desenvolvimento da cultura e proteção do patrimônio cultural brasileiros, que são valores que devem ser louvados e defendidos. Contudo, pode ser temerário passar da intenção à lei sem sopesar os diversos interesses constitucionais da sociedade brasileira. Há que se considerar os diferentes propósitos, as diferentes funcionalidades, as diferentes dinâmicas e, por conseguinte, as diferentes naturezas das distintas mídias que consubstanciam o universo da comunicação social eletrônica no Brasil atualmente, e como tudo isso afeta o cidadão. Torná-las iguais, com iguais restrições é simplificar de maneira incorreta o que deve ser regulado de acordo com a especificidade e com a complexidade inerentes às mídias e, portanto, à própria comunicação social. No *caput*, destarte, incluem-se todas as empresas de comunicação social para que estejam sujeitas à propriedade apenas de brasileiros natos ou brasileiros naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País (que, por sua vez, deverão ser de propriedade apenas de brasileiros natos ou brasileiros há mais de dez anos, conforme disposto no §1º). Essa imposição aliada ao disposto nos demais parágrafos da PEC, prejudica economicamente as mais variadas empresas, podendo tornar algumas simplesmente inviáveis, o que, em última análise, prejudica aos usuários destes serviços. Análise mais detalhada deste tema será feita adiante.

“§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas citadas no **caput** deste artigo 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”.

A imposição da restrição presente no § 1º acima acarretará prejuízo a muitas prestadoras de serviços de telecomunicações e de acesso a Internet, podendo inviabilizá-las por completo. Em primeiro lugar, com a condição restritiva ao capital estrangeiro, as

atividades de produção (que, segundo o PL n.º 4209/2004 do Dep. Piauhyliano¹⁸, que veremos abaixo, consistem na criação, execução e fixação de conteúdos em qualquer suporte, abrangendo qualquer uma das fases de sua realização), a programação (conteúdos organizados na forma de canais, sítios ou redes IP ou qualquer outra modalidade de comunicação social, também partindo do PL do Dep. Piauhyliano) e o provimento de conteúdo (de acordo com o PL do Dep. Piauhyliano: a seleção, a ordenação, o fornecimento ou o empacotamento para comercialização de programação destinada à comunicação social, seja qual for o modo pelo qual venha a ser exibida, independentemente da plataforma de distribuição ou do serviço de telecomunicações de que façam uso) não mais poderão ser realizados por inúmeras prestadoras de Serviço de Comunicação Multimídia – SCM (inclusive usando ADSL), de Serviço Móvel Pessoal – SMP, e de TV por assinatura. Destaque-se, também, a inclusão de provedores de acesso à Internet, no **caput** deste artigo e no § 1º. A reestruturação societária dessas prestadoras para as condições estabelecidas pela PEC pode ser demasiado onerosa, afastando investidores nacionais e estrangeiros e resultando em vultosos prejuízos financeiros ou mesmo tendo a sua existência comprometida.

Assim, a PEC produziria uma situação de monopólio virtual ou, ao menos, oligopólio no que tange ao conteúdo. Está claro que a PEC tem como grupo de pressão os radiodifusores e, sobretudo a rede de TV hegemônica no Brasil, que encontra no seu conteúdo o seu lastro, e resolveu considerá-lo um elemento estratégico para o País. O cidadão teria, assim, mitigado seu direito fundamental à informação. E também prejudicado encontrar-se-ia o princípio da liberdade de iniciativa, princípio fundamental constitucional, cingindo-se excessivamente o número de possíveis protagonistas do mercado e prejudicando a oferta da quantidade, variedade e qualidade de conteúdo.

Deve-se lembrar que esse mesmo artigo já foi alvo de Emenda Constitucional em 2002, o que cria razoável indisposição dos investidores, que não vêem a segurança jurídica necessária para aplicar seu capital em matéria que a todo instante é legislada de maneira diversa.

¹⁸ Projeto de Lei n.º. 4209 de 2004 de autoria do Deputado Piauhyliano que trata da propriedade e do gerenciamento da produção, da programação e do provimento de conteúdo nacional de comunicação social eletrônica e dá outras providências.

“§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada pelas empresas citadas no **caput** são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos”.

No parágrafo segundo a mudança é apenas formal, porquanto a matéria continua a mesma. Antes era toda forma de comunicação social e agora a referência é a todas as empresas citadas no *caput*, o que não difere. Com isso, o parágrafo em comento estende, de forma inequívoca também estas obrigações e restrições a provedoras de acesso à Internet e empresas que explorem a produção, programação ou o provimento de conteúdo de comunicação social eletrônica dirigida ao público brasileiro, por qualquer meio e independentemente dos serviços de telecomunicações de que façam uso e com os quais não se confundem.

“§ 3º As empresas de que trata o **caput** deste artigo 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.

.....

§ 6º As disposições deste artigo não se aplicam às agências de publicidade e às empresas dedicadas exclusivamente à produção de comerciais. (NR)”

Art. 2º As empresas de que trata o **caput** do art.222 da Constituição Federal terão o prazo de dois anos para se adequarem ao disposto nesta Emenda.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”

A PEC estende alguns preceitos constitucionais, como o da limitação ao capital estrangeiro existente nas empresas jornalísticas e de radiodifusão, tornando essas mídias equivalentes a outras e impondo a elas o mesmo tratamento. A Proposta, então, despreza as

naturezas peculiares das diversas mídias, tais como seu desenvolvimento histórico, suas limitações, seu público-alvo, sua interação com as mídias respectivas de outros países, as dificuldades de estabelecerem-se restrições sem prejudicar os receptores da informação, seus fins e suas dinâmicas; dessa forma termina-se por igualar aquilo que é deveras diferente e que, assim sendo, merece tratamento constitucional diferenciado, como dispõe a constituição.

As conseqüências para o meio das telecomunicações, como exposto acima, são delicadas, podendo ser extremamente danosas, gerando dificuldades que podem se revelar intransponíveis na adaptação das prestadoras de serviço de telecomunicações ao que exige a PEC.

Ademais, há o problema da segurança jurídica, tão necessária para o investidor, que é recrudescida pela PEC, uma vez que esse mesmo artigo foi emendado no ano de 2002, o que torna a mudança regra e a estabilidade jurídica uma exceção.

Esta PEC, de autoria do Senador Maguito Vilela, foi apresentada em 10.11.2004, quando teve despacho para a Comissão de Constituição e Justiça. O relator é o Senador Fernando Bezerra - PMDB/RN. Até o momento o relator ainda não se pronunciou sobre a matéria. Vale lembrar que o Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional elaborou parecer favorável ao teor da Proposta. Passar para o início do capítulo.

5.3 - O Projeto de Lei n.º 4.209/2004

O PL, de autoria do Dep. Luiz Piauhyllino, teve seu primeiro despacho em 6.10.2004 e tramitará nas seguintes comissões:

- (i) Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio - Designado Relator Dep. Nelson Marquenzelli/PTB-SP;
- (ii) Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática; e
- (iii) Constituição Justiça e de Cidadania.

O Relator do PL, o Dep. Nelson Marquenzelli, embora já tenha elaborado uma minuta do seu parecer, até o momento ainda não entregou o relatório à Comissão.

Aqui procedemos da mesma forma que foi feito quanto à PEC n.º 55/2004, com a transcrição dos artigos do PL n.º 4209/2004, seguido dos comentários deste autor:

“Art. 1.º. Para fins desta Lei e sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições:

I – Conteúdo: textos, fotografias, sons, imagens e desenhos, estáticos ou em movimento, ou qualquer outra informação, fixados em qualquer tipo de suporte, inclusive os armazenados com tecnologia digital”;

A definição de conteúdo provida pelo PL é por demais extensiva, eis que abarca qualquer conteúdo que seja provida por serviços de telecomunicações ou não.

Com isso, seriam afetados tanto os serviços de telecomunicações que possuem o conteúdo como parte inerente ao serviço, como as TVs por Assinatura, e os serviços de telecomunicações cujo conteúdo não constitui parte inerente ao serviço, mas é eventualmente utilizado como fonte de receita para as operadoras, como no caso do SMP.

“II – Conteúdo nacional:

a) o produzido, no todo ou em parte significativa, em língua portuguesa e destinado ao público brasileiro;

b) aquele do qual participem, de forma preponderante, autores, roteiristas, diretores, jornalistas, apresentadores, locutores, atores ou outros artistas brasileiros;

c) o que contenha sons e imagens da transmissão de eventos, culturais, esportivos e outros (a) realizados no território nacional ou (b) dos quais participem, de forma preponderante, brasileiros que atuem no campo cultural, artístico, desportivo ou qualquer outro;

d) o direcionado originalmente aos brasileiros,

independentemente do idioma utilizado, de dublagem ou legendagem para a língua portuguesa”;

Da forma como redigido, não fica claro se todas essas condições devem concorrer para que o conteúdo seja considerado nacional. Pela interpretação sistemática do PL, podemos concluir, no entanto, que basta que uma das condições acima ocorra para que o conteúdo seja considerado nacional.

Com isso, torna-se extremamente difícil excluir algum conteúdo da abrangência dessa definição. Nela incluir-se-ia qualquer conteúdo produzido no exterior, como programas televisivos, revistas, e tutti quanti.

“III – Produção: a criação, execução e fixação de conteúdos em qualquer suporte, abrangendo qualquer uma das fases de sua realização; e

IV – Programação: Conteúdos organizados na forma de canais, sítios ou redes IP ou qualquer outra modalidade de comunicação social;

V – Provisão de Conteúdo: a seleção, a ordenação, o fornecimento ou o empacotamento para comercialização de programação destinada a comunicação social, seja qual for o modo pelo qual venha a ser exibida, independentemente da plataforma de distribuição ou do serviço de telecomunicações de que façam uso”;

Quanto às definições de produção, programação e provimento de conteúdo, associada à definição de conteúdo nacional, verificamos que a produção de praticamente qualquer conteúdo deverá sofrer sérias restrições. Nesse caso um canal como a HBO, por exemplo, que não é controlada em mais de 70% por brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos (vide art. 2º) não poderia produzir ou programar conteúdo nacional de forma alguma.

Tal situação pode causar um descompasso e arrefecimento na competitividade do mercado, prejudicando diretamente a ampla, livre e justa competição e tolhendo a liberdade

de iniciativa.

“VI – Comunicação Social: atividade de transmissão de conteúdo de um emissor para vários, independentemente da plataforma de distribuição ou do serviço de telecomunicações utilizado’;

Cabe notar, novamente a extensão da definição de comunicação social, que por seu alcance acaba por incorporar qualquer espécie de comunicação de uma pessoa para duas ou mais pessoas, perdendo o significado mais acurado e banalizando a expressão “comunicação social”.

A amplitude difusa da definição acaba por ensejar situações até cômicas. Aplicando a disposição da regra legal tal como transcrita no inciso acima podemos depreender que a utilização de megafone nas ruas é comunicação social; a emissão de um e-mail de uma pessoa para um grupo de pessoas é comunicação social; a tela com indicação de horário de vôos em um aeroporto ou dentro de elevadores é comunicação social, etc.

A simples leitura dos exemplos acima é suficiente para demonstrar a imperfeição e absurdidade da definição.

“Art. 2º. A produção, a programação e o provimento de conteúdo nacional de comunicação social eletrônica, por qualquer meio e independentemente dos serviços de telecomunicações de que façam uso e com os quais não se confundem, somente poderão ser feitos por brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou por pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras, nas quais ao menos 70% do capital total e do capital votante deverão pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos”.

Em tese, pelo aqui disposto, um produtor inglês não poderia produzir um filme sobre Ayrton Senna na Inglaterra, um conteúdo “nacional” por definição, pensando em exibi-lo na

televisão brasileira, porque só um brasileiro nato ou naturalizado há mais de dez anos poderia fazê-lo.

O resultado imediato da aplicação deste art. 2º é a impossibilidade de prestadoras de Serviço de Comunicação Multimídia – SCM (provendo conteúdo de terceiros via ADSL), TVs por Assinatura que não preencham estas condições, prestadoras de SMP - Serviço Móvel Pessoal, etc., não possam mais realizar atividades de produção, programação e provimento de conteúdo. Dificilmente, alguma grande prestadora de serviço de SMP, SCM (via ADSL), STFC, DTH, TV a Cabo conseguiria comprovar controle direto ou indireto de brasileiro nato ou naturalizado há mais de dez anos de ao menos 70% do capital total e votante,

Na verdade o que se faz neste PL é estender as restrições de participação societárias inerentes às empresas jornalísticas e de radiodifusão de sons e imagens às prestadoras de telecomunicações em geral que produzam, programem ou provejam conteúdo nacional.

Com isso, tem-se que este PL altera e corrompe subitamente todo o espectro de uma miríade de contratos ora vigentes nas telecomunicações brasileiras, sobrepondo-se a regulamentações vigentes de longa data, onerando de uma hora para outra as prestadoras de telecomunicações atingidas e, por fim, trazendo, eventualmente, enormes prejuízos para os usuários destes serviços.

E isso tudo sem que se proponha qualquer período de transição para suavizar a adaptação à nova realidade pretendida pelo PL: tudo passa a valer de imediato, após a promulgação da lei. Poderia ser discutido o tema dos direitos adquiridos dos atuais prestadores.

Finalmente, há que se discutir a constitucionalidade deste art. 2º, tendo em vista que a Constituição tratou de limitação ao capital estrangeiro apenas no que respeita a empresas jornalísticas e de radiodifusão.

A limitação ao capital estrangeiro em outros serviços capazes de transportar conteúdo, somente podem estimular a manutenção ou o surgimento de monopólios ou oligopólios de mídia e a conseqüente rarefação da diversidade de conteúdo disponível ao público brasileiro.

O monopólio ou o oligopólio de informação constituem a maior ameaça não só à ordem econômica, mas à democracia mesma de um país.

“§ 1º A gestão das atividades empresariais, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção de programação são privativas do sócio ou grupo de sócios controladores brasileiros, que as exercerão diretamente ou por meio de representantes que, em qualquer caso, serão obrigatoriamente brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos”.

O § 1º reproduz os preceitos do § 2º do art 222 da CF, vinculando ainda os sócios brasileiros como responsáveis diretos pela responsabilidade editorial e pelas atividades de seleção e direção da programação. Com isso, da mesma forma que ocorre com o caput deste art., essas obrigações estendem-se a prestadoras de telecomunicações em geral que produzam, programem ou provejam conteúdo nacional.

“§ 2º Serão nulas quaisquer relações contratuais ou de natureza que procurem subordinar a gestão das atividades de produção, programação provimento de conteúdo nacional de comunicação social eletrônica à orientação de pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras ou mesmo de pessoas jurídicas brasileiras que não atendam ao disposto no caput e no § 1º deste artigo”.

O § 2º procura respaldar de facto o estabelecido pelo § 1º, assegurando seu cumprimento.

“§ 3º No caso da TV por assinatura, a vedação contida no caput deste artigo se aplica à programação e ao provimento de qualquer conteúdo veiculado, seja nacional ou estrangeiro”.

Com relação à TV por Assinatura, o PL resolve aplicar as limitações somente quanto à programação e ao provimento do conteúdo veiculado, já que, inevitavelmente, parte do conteúdo é produzido no exterior por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras.

Isso não impede, contudo, que, na prática, predominem as condições restritivas,

presentes no caput do art. 2º, válidas para outros serviços de telecomunicações.

“Art. 3º É vedado o acesso à Internet senão através de empresa de Provedimento de Acesso que preencha as exigências do art. 2º desta lei e seus parágrafos”.

Por esse artigo, não poderiam operar com a estrutura societária atual, empresas como Terra, iG, AOL, UOL, etc.

A orientação deste art. 3º contraria tudo o que se conhece por Internet, tanto do ponto de vista histórico, como do tecnológico, como do ponto de vista jurídico. A restrição preventiva contra essa mídia, sustentada nos argumentos aduzidos na justificativa não se sustentam, encontrando semelhantes somente em países regimes policiais e censores.

Como se sabe, a Internet guia-se por falta de uma administração centralizada, pela supranacionalidade jurídica e de valores morais e éticos, e tentar enquadrá-la em moldes pré-estabelecidos opõe-se a direitos fundamentais de liberdade de expressão e ao direito de informar e ser informado.

Dessa forma, a justificativa de manutenção da soberania e identidade nacionais não pode servir de pretexto para exercer um controle indireto sobre essa mídia, que acabará por ocorrer, privando brasileiros da quantidade de informações trazidas em língua portuguesa, e originada das fontes as mais diversas, tanto as nacionais como as estrangeiras.

“Parágrafo Único. As empresas que explorem os serviços de telefonia fixa e móvel não poderão, por si, suas controladas ou controladoras, ou empresas sob controle comum, produzir, programar ou prover conteúdo nacional de comunicação social eletrônica ou prestar o serviço de provimento de acesso à Internet”.

Aqui se torna patente a pretensão do PL, deixando ? vislumbrada sua origem, brotada em setores hegemônicos da radiodifusão, principalmente da televisão. Pretende-se identificar as disposições do PL à proteção do conteúdo nacional, tocando uma corda nacionalista, ainda que, na verdade, largamente, apenas interesses particulares estejam sendo promovidos.

Neste parágrafo, é visível a intenção dos radiodifusores de manter um monopólio sobre o conteúdo, tolhendo a possibilidade de competição na produção, programação e provimento desse conteúdo. Desta vez, obriga-se às exploradoras de telefonia fixa e móvel, a grande maioria controlada por capital estrangeiro, a valer-se do conteúdo de qualidade dos radiodifusores nacionais para garantir essa fatia do mercado de conteúdo em plena ascensão.

Art. 4º Independentemente da plataforma tecnológica utilizada para a transmissão de um conteúdo de comunicação social eletrônica, é proibido a ele sobrepor, tornar disponível simultaneamente, ou de qualquer forma associar patrocínio, publicidade, interatividade, comercialização de produtos ou prestação de serviço, ou qualquer outro conteúdo, sem a expressa autorização de seu programador original.

Como assegura o art 2º do PL, o quase-monopólio da programação está nas mãos de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou por pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras, nas quais ao menos 70% do capital total e do capital votante deverão pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.

Neste artigo vislumbramos mais uma tentativa de assegurar esse quase-monopólio. Isso se faz aqui pela necessidade da aceitação expressa do programador original para a sobreposição, disponibilidade simultânea ou associação de patrocínio, publicidade, interatividade, comercialização de produtos ou prestação de serviço, ou qualquer outro conteúdo à transmissão de um conteúdo de comunicação social eletrônica. Isso possibilita às programadoras a criação de uma reserva de mercado e agrava ainda mais a situação das prestadoras de telecomunicações que utilizam conteúdo.

“Art. 5º O descumprimento das disposições desta lei acarretará para os infratores, segundo a gravidade da infração, as penalidades de multa, suspensão e perda da autorização, aplicáveis administrativamente, e de perda da concessão/permissão, mediante procedimento judicial, somente

podendo ser efetivada após o trânsito em julgado da decisão judicial que a determinar.

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Fica concedido um prazo de 24 (vinte e quatro) meses para que todas as empresas em funcionamento cujas atividades sejam reguladas por esta lei se adaptem à suas disposições”.

Por tudo o que foi dito, tanto a PEC como o PL discutidos acima demonstram os descaminhos na condução da comunicação social eletrônica no Brasil. Dessa forma, é premente que se inicie um diálogo maduro e responsável sobre a questão, sob pena de embargar a democratização da informação eletrônica.

6. – A CONVERGÊNCIA ENTRE TELECOMUNICAÇÕES E MÍDIA

A convergência é um processo no qual informações (voz, texto, áudio e vídeo) podem ser transmitidas por meio de diferentes redes e acessadas por diferentes terminais pelos usuários. Constitui um processo global e inevitável, suportada pelo aumento da penetração das plataformas digitais, como Internet, celulares de 3º geração, banda larga e etc (KRATTENMAKER; THOMAS e POWE; LUCAS, 1994 p. 65).

A profunda alteração na estrutura de demanda de conteúdo e o aumento da pressão competitiva nos mercados tradicionais de mídia e telecom fazem com que a convergência seja uma questão chave nas estratégias das empresas destes setores.

Na presença de um arcabouço legal e regulatório adequado e políticas públicas que alavanquem as oportunidades de convergência, diversos benefícios podem ser gerados para a sociedade, como a promoção à inclusão digital, à cultura nacional, ao desenvolvimento econômico e à livre manifestação de opinião.

Em estruturas tradicionais, o conteúdo é distribuído em diferentes formatos, cada um por um meio específico e recebido em terminal dedicado. Assim, isso ocorre quando um Conteúdo, como um texto é oferecido numa banca de jornal por meio de papel, 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 PC por meio da Internet ou quando a voz é oferecido em redes de telecomunicações por meio de um telefone (YOFFIE; DAVID, 1997 p. 46)..

Em estruturas convergentes, o conteúdo possui formato digital, permitindo que o mesmo possa ser transportado por diversos meios e recebidos em diversos terminais. Nesse sentido, um texto, um vídeo, um áudio, um texto na web e voz podem ser disponibilizados por qualquer meio, seja, Internet, banda larga, cabo, rede celular ou linha telefônica para qualquer aparelho, seja ele um celular um aparelho de TV, um videogame, um PC, etc (YOFFIE; DAVID, 1997 p. 27).

Cabe destacar, porém, que, juntamente com essas novas tecnologias, as empresas de mídia tradicionais sofrem duas preocupações básicas. A primeira delas consiste em tentar investir rapidamente na integração entre suas plataformas com outras plataformas tecnológicas ou simplesmente diversificar o conteúdo que oferecem por outros meios (BROCK; GERALD,1998. p. 217). Nesse sentido que o Grupo OESP Mídia, que controla o jornal Estado de São Paulo e o Jornal da Tarde criou seu site na Internet, ou que a prestadora de SMP Oi veicula uma rádio sua.

A segunda dessas preocupações é conter, muitas vezes a custos muito altos, a possibilidade legal da superposição de mídias, impedindo que determinados prestadores de serviços possam produzir, programar ou distribuir conteúdo eletrônico. È o que vem pleiteando, reiterada e incisivamente, a Associação Brasileira dos Radiodifusores – ABERT, controlada (ALMEIDA; ANDRÉ MENDE, 2001, p. 113).

6.1 – As razões dos radiodifusores

Como se analisou acima, os radiodifusores sempre foram exímios construtores e promotores de suas próprias legislações, fazendo com que o leque normativo ora se

estendesse para abranger suas prerrogativas ora recuasse de modo a não interferir em seus interesses.

No atual cenário, 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 atuante em outros setores, como das telecomunicações, o que lhes daria uma razoável vantagem competitiva no mercado de comunicação social eletrônica. Nesse sentido, o subterfúgio protecionista dos radiodifusores tem sido impedir ou dificultar a entrada desses concorrentes neste novo mercado.

Em suma, no limite da análise, este é um cenário de um conjunto restrito de atores, capaz de impor, muitas vezes, sua vontade empresarial sobre os interesses coletivos e sobre o próprio mercado, sem grandes contestações, exceto por aquelas oriundas de movimentos e organizações sociais – sindicais, acadêmicas, profissionais. Movimentos e organizações cuja capacidade de influência é reduzida, não só porque em geral carecem de recursos econômicos suficientes para agir, mas principalmente porque eles e suas teses estão sumariamente ausentes das páginas dos jornais e revistas, dos programas de rádio e televisão, e dos portais de informação que dominam o ambiente da informação e do conhecimento de massa no país. As teses dos movimentos sociais são boas? Quais são?

Curioso é que muitas vezes agentes importantes desses movimentos e organizações lançam seus olhos de resistência para os potenciais contendores empresariais da Globo e de seus associados, afiliados e parceiros, na expectativa de que possa vir deles uma reação a essa excessiva concentração de poder político e de mercado em um mesmo grupo empresarial de comunicação social. Reação que até agora não veio e que, parece, jamais virá. Seja pela dificuldade natural de se opor a um tamanho poder, seja pela expectativa que todos têm de, um dia, unir-se à Globo no cobiçado espaço técnico-empresarial da convergência.

7. – EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS NO CONTROLE DA COMUNICAÇÃO SOCIAL ELETRÔNICA

7.1 – Uma breve visão geral

Para situar o Brasil mais precisamente no contexto do controle sobre os meios de comunicação social eletrônica, anexamos tabela ao final do presente trabalho, detalhando a as restrições legais e regulatórias que se impõe ao provimento desses serviços.

Em termos internacionais, existem três abordagens principais de regulamentação de mídia, quais sejam: (i) participação societária; (ii) defesa da concorrência; e (iii) regras para o conteúdo eletrônico (SMITH; LESLIE; MEESKE; MILAN; WRIGHT; JOHN. 1995. p 78.).

De um modo geral, as regras de participação societária de limite de capital estrangeiro são tradicionalmente usadas para defender os interesses nacionais, como por exemplo, o incentivo à cultura nacional. Cabe ressaltar, no entanto, que existe uma tendência à desregulamentação dessas restrições e da utilização de mecanismos de regulamentação direta sobre conteúdo.

Já as regras de participação societária sobre propriedade cruzada têm o objetivo de preservar a pluralidade. As práticas internacionais indicam a tendência de desregulamentar essas regras e de se utilizar de sistemas de defesa da concorrência.

No contexto da convergência, as práticas regulatórias nos mercados mais desenvolvidos adotam 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.

Com relação à participação societária, esta persegue dois objetivos básicos: a limitação de capital estrangeiro para defesa de interesses nacionais e a criação de regras que restrinjam a participação cruzada para a defesa da pluralidade de fonte de informação.

Vejamos o Quadro¹⁹ abaixo, que mostra a participação cruzada nos meios de comunicação em vários países:

¹⁹ Value Partners Studies on Media-Telecom convergence.
www.valuepartners.com/vpsite/notizie/rep_040603_acquisizione_comunicatostampa.pdf.
Acesso em 12.2.2006.

1= Limitações de
baixo impacto;
2=Limitações de
médio impacto
3=Limitações de
alto impacto
X=Sem limitações

| | País | Mais de uma empresa no setor | TV + Imprensa | TV + Rádio |
|-----------------------------|----------------|---------------------------------|---------------|------------|
| Restrições fortes | FRANÇA | 3 | 2 | 2 |
| Restrições fortes | AUSTRÁLIA | 2 | 3 | 3 |
| Restrições fortes | ESLOVÁQUIA | 3 | 2 | 2 |
| Restrições fortes | ESLOVÊNIA | 3 | 2 | 2 |
| Restrições Moderadas | ITÁLIA | 3 | 2 | X |
| Restrições Moderadas | REINO Unido | 2 | 2 | X |
| Restrições Moderadas | ALEMANHA | 3 | 2 | X |
| Restrições Moderadas | IRLANDA | 3 | 2 | X |
| Restrições Moderadas | ÁUSTRIA | 2 | 2 | 2 |
| Restrições moderadas | BÉLGICA | 3 | X | 2 |
| Restrições Leves | ESTADOS Unidos | 1 | 1 | 1 |
| Restrições Leves | HOLANDA | 1 | 2 | X |
| Restrições Leves | ESPANHA | 3 | X | X |
| Restrições Leves | PORTUGAL | 2 | X | X |
| Restrições Leves | SUÉCIA | 2 | X | X |
| Restrições leves | DINAMARCA | X | X | X |

Podemos perceber que não existe uma uniformidade para a aplicação de regras para a participação cruzada. Cada País, segundo seus princípios de defesa da multiplicidade de fontes de informação e de liberdade de expressão, desenvolve regras próprias. Cabe notar que em todos esses países são aplicadas regras de Defesa da Concorrência.

Existe, no entanto, após de décadas de aplicações dessas restrições, uma tendência à desregulamentação das restrições à participação cruzada. No Reino Unido a implementação do *Communication Act of 2003* pela Office of Communications – Ofcom, órgão regulador do Reino Unido, manteve algumas regras (BAKER; EDWIN C, 2002. p. 59.), mas também estabeleceu alterações no que se refere à participação cruzada e concentração do setor de comunicação:

- Revogação do limite máximo de 15% de audiência nacional

- Limitação cruzada aplicável apenas no caso de controle de estação de radiodifusão e editora de jornal (regra 20:20)

- Limitação de no mínimo 2 controladores distintos das rádios locais, além das rádios da BBC

A comunidade europeia não determina regras sobre participação cruzada no setor de comunicação, deixando essa decisão para cada País-membro (BAKER; EDWIN C, 2002. p. 61)..

Nos Estados Unidos em junho de 2003, o Federal Communications Commission – FCC, publicou uma revisão das restrições de participação societária em radiodifusores, reforçando a tendência de liberalização nas leis de participação (BAKER; EDWIN C, 2002. p. 87).. As principais mudanças foram:

- Participação cruzada Jornal/TV e Rádio/TV: extinção da 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. As restrições da nova regra variam com o número de participantes do mercado, existindo casos sem aplicação;

- Propriedade múltipla de TV: aumento do limite máximo de operadoras de televisão controladas por um grupo/indivíduo no mesmo mercado

- Audiência nacional: aumento do limite máximo da audiência nacional detido por uma operadora de 35% para 45%.

No que tange a participação societária nos meios de comunicação social eletrônica, os argumentos são bastante divergentes. Economicamente, os defensores da imposição de limitações aduzem que:

- a monopolização horizontal e vertical da mídia pode acarretar redução da competição e aumento de preços dos serviços de produção e distribuição de conteúdo;

- os controles multinacionais reduzem a transparência do negócio, dificultando o monitoramento e o diagnóstico do mercado sobre a empresa.

Por outro lado, os arautos da desregulamentação contendem que:

- a combinação vertical da oferta fortalece o posicionamento dos participantes e contribui para a competição, beneficiando o usuário com menores preços a maior qualidade; e
- novos participantes no mercado, novos canais de distribuição e serviços eletrônicos podem reduzir as barreiras de entrada, promovendo a expansão dos serviços de comunicação social eletrônica.

De uma forma geral, os pró-regulamentação alegam que os sistemas de defesa da concorrência se utilizam de análises econômicas que não são suficientes para avaliar a questão da perda de pluralidade de fontes de informação. Nesse sentido, a regulamentação *ex-ante* deve ser mantida com todo o seu vigor. Os porta-vozes da desregulamentação justificam que os mecanismos de defesa da concorrência são mais do que suficientes para a defesa dessa pluralidade.

Quanto aos instrumentos de controle do conteúdo são bastante comuns:

a) a imposição de instrumento de proteção à audiência,

- restrições quanto à ofensas, danos morais e precisão das informações, e restrições de programas para faixas de horários específicos, como no Reino Unido;
- proteção do menos por meio de classificação dos programas e aplicação do V-Chip nos televisores²⁰, garantia do direito de resposta, limitação do tempo de comerciais e proibição de publicidade de certas indústrias, como na Comunidade Européia.

b) Incentivo à produção nacional:

- Garantia de transmissão de eventos importantes para a nação de forma gratuita, mesmo quando são protegidos por direito de exclusividade;

²⁰ V-Chip: dispositivo instalado nos aparelhos de televisão capaz de bloquear o recebimento de sinal segundo pré-seleção da categoria de programação.

- recomendação da reserva de maior parte do tempo para transmissão de conteúdo de produção europeia, como na Comunidade Europeia;

- obrigações como as determinadas pelo Children's Act nos EUA, em que há uma cota de 3 horas semanais de conteúdo educacional e informativo para crianças menores de 16 anos.

c) Promoção da qualidade da programação:

- na Comunidade Europeia há incentivo à produção independente por meio da adoção de cota de 10% do tempo de transmissão;

- Nos EUA há subsídios governamentais a TV Estatal, cujo objetivo é produzir conteúdo de qualidade para informar, inspirar e entreter os telespectadores;

- Há também nos EUA a promoção de ações educacionais, como o PBS Adult Learning Service e o PBS Teacher Line²¹.

7.2 Princípios Norteadores da regulamentação da Comunicação Social Eletrônica

Como princípios elementares para uma regulamentação adequada no setor de comunicação social eletrônica, podemos citar (CARTER; T. BARTON and DEE; JULIET and ZUCKMAN; HARVEY, . 2003 p. 268):

- Regulação de falha de mercado: que deve ser utilizada para defender os interesses da sociedade quando a dinâmica dos mercados não se revela suficiente para tanto. Como exemplo clássico temos a radiodifusão, com a limitação natural do espectro radioelétrico.

- A proporcionalidade regulatória: por este princípio entende-se que a regulação deve ser proporcional aos objetivos pretendidos, ou seja, deve-se dar sempre preferência à mínima interferência regulatória. Nessa esteira a auto-regulamentação é mais eficiente, dinâmica e se justapõe aos serviços inovadores de forma estável e estimulante.

²¹ <http://www.pbs.org/als-r/>. Acesso em 23.3.2006

- Proteção à inovação e aos investimentos: via de regra os serviços inovadores trazem benefícios para a sociedade, em especial na área da comunicação social eletrônica, e necessitam de investimentos para serem desenvolvidos. Com isso, a regulamentação deve ser mínima para não restringir ou frear demasiadamente esse desenvolvimento.
- Neutralidade tecnológica: a regulamentação deve atuar sobre os serviços considerando apenas suas características essenciais, sem discriminar a tecnologia e a infra-estrutura de rede utilizadas na sua prestação (AZZAM; ROBERT, and RANSOM; NIEL, 1999. p 30.)

Neste trabalho estamos tratando de serviços inovadores, para os quais ainda não existe uma demanda formada e consolidada totalmente. Também não há que se falar em falhas de mercado neste mercado ainda em plena ascensão. Nessa linha, é apropriada uma abordagem de mínima regulação com o suporte de auto-regulamentação do próprio mercado, como acontece em alguns países²².

Nesse sentido, as melhores práticas regulatórias apontam que a oferta de comunicação social eletrônica, dentro de um cenário convergente entre telecomunicações e mídia, não deve ser objeto de regulamentação específica de modo a não restringir o seu desenvolvimento, ainda embrionário. O excesso de regulamentação, motivada por um intervencionismo irrefreado, pode gerar resultados os mais contrários ao pretendido inicialmente, não obstante as melhores das intenções (MISES; LUDWIG VON.,1979, p 41).

7.3 – Modelos de Regulação de Plataformas Convergentes

Vejamos agora algumas práticas de regulação adotadas em alguns países, quanto à comunicação social eletrônica em plataformas convergentes.

²² Value Partners Studies on Media-Telecom convergence.
www.valuepartners.com/vpsite/notizie/rep_040603_acquisizione_comunicatostampa.pdf.
Acesso em 12.2.2006.

Na Comunidade Européia vem se firmando uma nova regulamentação do conteúdo audiovisual que é composto de um sistema de duas camadas, definidas pelo tipo de transmissão:

- Linear: existe uma grade e o conteúdo é determinado pelo provedor do serviço e aplicam-se as regras de proteção à audiência, incentivo à produção européia e independente.

- Não- Linear: o conteúdo veiculado é on-demand e o início da transmissão é terminada pelo usuário e se aplicam somente as regras de proteção à audiência

No Reino Unido, para qualquer transmissão audiovisual valem as regras de proteção à audiência. Os regimes de cotas de conteúdo de produtores independentes ou de programação específica para promover os interesses nacionais é apenas aplicável aos radiodifusores.

Já Nos EUA as regras de proteção à audiência servem para a radiodifusão e para a Tv por Assinatura, com exceção à regra de controle de conteúdo obsceno e indecente a qual aplica-se apenas à TV Aberta. Existe também nesse País, um debate interessante quanto à expansão do controle de conteúdo para outras plataformas. O *chairman* do FCC, Michael Powell, entende que será cada vez mais difícil restringir as regras de controle para a radiodifusão apenas.

8. – PROPOSTAS

A convergência é um processo global e inevitável, suportada pelo crescimento das plataformas convergentes e que gera diversos benefícios para a sociedade, pois promove a inclusão digital, a cultura nacional, o desenvolvimento econômico e a livre manifestação de opinião (NEWBERY; DAVID, 1999. p. 183).

O sucesso de ofertas convergentes telecom-mídia e, portanto, da comunicação social eletrônica, dependem fortemente da integração dos elos da cadeia de valor entre os setores de telecom e mídia. A integração pode ser realizada pelas empresas por meio de diferentes estratégias, como o lançamento de nova operação, aquisição/fusão de empresas ou estabelecimento de parcerias. Dentre estas, a parceria é a estratégia mais flexível, pois permite

a formação de portfólio diversificado de ofertas convergentes, entre diversos atores independentemente do porte, e que deveria ser facilitada pela regulamentação.

As melhores práticas internacionais de regulamentação indicam duas tendências de mudança nos instrumentos utilizados para atingir os objetivos regulatórios:

- Proteção dos interesses nacionais de proteção à audiência, incentivo a cultura nacional e qualidade da programação, que substitui de regras de limitação do capital estrangeiro por regulamentação direta sobre conteúdo; e

- Preservação da pluralidade - substituição de regras de limitação à propriedade cruzada por sistemas de defesa da concorrência

Especificamente sobre as ofertas convergentes de telecom-mídia a tendência é adotar a regulamentação mínima, de modo a não restringir o seu desenvolvimento e os conseqüentes benefícios para a sociedade. A regulamentação aplicável deve ser limitada à proteção à audiência e implementada com o suporte de auto-regulamentação. Adicionalmente, a convergência é facilitada quando existem condições regulatórias e tributárias isonômicas para os setores de telecom e mídia.

A estrutura atual de serviços de comunicação no Brasil, de certa forma, já suporta o processo de convergência com diferentes serviços oferecendo diferentes modelos de oferta de conteúdo, entre eles a comunicação de massa com serviços predominantemente em grade de programação e comunicação privada com serviços predominantemente *on-demand*

Os mecanismos de defesa dos interesses nacionais, no entanto, devem ser adaptados para aplicação nos novos serviços convergentes, de modo que estes princípios sejam resguardados sem limitar o seu desenvolvimento.

Diante de tudo o que foi exposto neste trabalho, julgamos ser possível cunhar um conceito jurídico sólido de comunicação social eletrônica que possa servir de base para uma futura legislação sobre a comunicação social eletrônica no Brasil. Nesse sentido, entendemos que comunicação social eletrônica é o processo que comporta, junto ou separadamente, a produção, programação, empacotamento, distribuição, oferta, e/ou provimento por entes estatais, públicos e privados, de bens e serviços de informação, cultura e lazer, por meio de

diferentes plataformas tecnológicas de base eletrônica e que compreendem, genericamente, o que se tornou historicamente conhecido como telefonia, transmissão de dados, rádio e televisão.

Enquanto o mundo todo, não obstante os diferentes caminhos percorridos, ruma para um ambiente regulatório de mínima intervenção, proteção ao conteúdo nacional, incentivo às produções independentes e multiplicação das fontes informativas, o Brasil, como se analisou no Capítulo XXX se arrisca numa legislação refratária e inconstitucional que tolhe os estímulos necessários ao investimento nacional e internacional e à pluralidade de meios de comunicação social eletrônica.

A concentração oligopolística ou mesmo monopolística resultante da aprovação das iniciativas legislativas supra-analisadas acarretariam a concentração do poder de informação nos meios eletrônicos pelas Organizações Globo que, além de ser o radiodifusor absoluto e dominante, controlador da TV por Assinatura com mais de 75% dos assinantes²³, tornar-se-ia, ainda, o grande provedor de conteúdo na Internet brasileira, com seu sítio globo.com. Como se não bastasse ainda possui veículos de mídia impressa de peso como o jornal O Globo.

Na sociedade da informação²⁴, em que o poder político e muitas vezes o poder econômico depende da habilidade de controlar e influenciar hábitos e mentalidades, a mídia eletrônica, ou seja, as atividades de comunicação social eletrônica de um modo geral desempenham essencial___ para a nova conjuntura social. O crescimento vertiginoso da Internet no porvir dos próximos anos, a implantação da TV Digital, a universalização da TV por assinatura por meio de IPTVs²⁵?, o irreversível crescimento da interatividade nos aparelhos celulares, tudo isso, esse mundo inteiro de novas possibilidades, pode ser minado com a adoção de medidas legislativas e regulatórias anacrônicas e anti-democráticas que reduzam a criação, a produção de idéias. Essas propostas não contemplam as especificidades do processo de convergência, prejudicando seu desenvolvimento e podem potencialmente inibir a concorrência e limitar a geração de benefícios à sociedade.

²³ E, em breve 95%, com a fusão Sky e Directv.

²⁴ Ascensão, José de Oliveira. Direito da Internet e Sociedade da Informação. Ed. Forense. 2002. p 68.

²⁵ IPTV significa Internet Protocol Television que, em português, significa algo como Televisão sobre Protocolo de Internet ou, simplificadamente: TV via Internet. Trata-se de

Dessa forma, contribuir, então, para debate nacional de fundamental importância, este trabalho propõe as seguintes medidas para que o mercado de comunicação social eletrônica no Brasil seja, de fato plural e democrático, respeitando os valores pátrios e incentivando produções nacionais de qualidade: não é preciso modéstia. Você está mais do que capacitado para oferecer propostas.

- Reformulação total e, se necessário, a elaboração de novo marco regulatório do setor de telecomunicações que contenha definições mais precisas dos serviços, clareie as fronteiras e delinheie os exatos limites de prestação de cada um deles;
- Reste juridicamente passivo que é constitucional, legal e regulamentar que prestadoras de serviços de telecomunicações (SCM, SMP, STFC, etc.) distribuam conteúdo eletrônico a seus clientes, observada os limites da definição desses serviços;
- À Internet, por suas características peculiares mencionadas neste trabalho, não se apliquem quaisquer restrições de participações societárias. São aplicáveis apenas as regras gerais de direito.
- A regulamentação dos setores de telecomunicações e mídia deve ser realizada pelo mesmo órgão regulatório. No mínimo, dever haver uma previsão de ação coordenada entre os órgãos regulatórios responsáveis pela infra-estrutura e pelo conteúdo;
- As disposições e restrições válidas para a radiodifusão devem ater-se somente a este serviço, por suas peculiaridades e por razões históricas;
- As TVs por Assinatura não devem sofrer qualquer tipo de limitação de participação ao capital estrangeiro, inclusive a TV a Cabo;
- O estatuto da concessão ou permissão de radiodifusão seja, de fato e de direito, outorgas de serviço público, ao invés de licenças normativa e contratualmente tão frouxas que se tornam, na prática, autorizações para explorar um serviço. Metas e obrigações têm que ser claramente introduzidas. Assim como a possibilidade de reversibilidade. Os prazos de outorga têm que

uma tecnologia que vem sendo desenvolvida há cerca de 10 anos e visa viabilizar a transmissão de conteúdo televisivo via internet.

ser desconstitucionalizados, mas também revistos os mecanismos de intervenção normativa sobre a radiodifusão do Congresso Nacional e do Poder Judiciário.

- Qualquer veiculação de conteúdo deve ser limitada às regras legais vigentes no país, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, etc;
- A regulamentação de audiovisual deve reconhecer e aproveitar as vantagens das ofertas convergentes, como a interatividade, o transporte em plataformas múltiplas de rede, para promover os interesses nacionais;
- Deve haver uma política de cotas razoáveis de conteúdo nacional nas TVs por Assinatura, bem como estímulos à produção nacional e independente;
- É imprescindível a criação de uma regulamentação do audiovisual, que imponha limites quanto aos direitos da pessoa humana, ao ódio racial, sexual, religioso ou de nacionalidade;
- Operadores de SMP, serviços celulares, podem veicular conteúdo eletrônico dentro dos princípios do item anterior.
- Fortalecimento e especialização dos órgãos de Defesa da Concorrência para evitar a concentração do mercado de mídia eletrônica;
- Provedores de acesso à Internet são livres para distribuir conteúdo eletrônico dentro dos limites do item XX acima, inclusive IPTV;

Nem todas as propostas decorrem das premissas anteriores do trabalho.

Finalmente, qualquer revisão que se venha a fazer nos marcos normativos das comunicações, nos termos gerais aqui analisados, precisará enfrentar a contradição inscrita na Constituição Federal em 1995, na forma de uma separação normativa arcaizante entre telecomunicações e o que ainda se define como radiodifusão sonora e de sons e imagens.

O primeiro obstáculo a ser transposto na necessária revisão ampla desse Capítulo é conceitual e nasce da pluralidade de sentidos que o texto constitucional dá à idéia de Comunicação Social.

De qualquer forma, uma varredura hermenêutica no Capítulo V, que dê conta do modo mais claro possível do que se quer conceituar por Comunicação Social, é o segundo passo a ser dado em uma eventual revisão por que ele venha a passar.

9 – CONCLUSÃO

Por toda a linha lógica exposta neste trabalho, desde o contexto histórico dos primórdios do desenvolvimento da radiodifusão até os dias atuais, passando pela análise detida dos serviços de telecomunicações que possuem o conteúdo como parte inerente ou não destes serviços, podemos assertar, com suficiente segurança, que o debate sobre o conteúdo eletrônico de massa deve ser feito essencialmente sob o foco de princípios constitucionais, tais como a liberdade de expressão, a liberdade de iniciativa, a liberdade econômica, a vedação ao monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social, o direito à informação e outros correlatos.

Com isso, é possível, razoável e defensável que os serviços de telecomunicações, dentro das limitações legais, possam produzir, programar, empacotar, distribuir, prover e veicular conteúdo eletrônico diante do arcabouço constitucional, legal e regulamentares hoje vigentes.

As restrições vigentes para o modelo de radiodifusão o são em virtude de contextos históricos que, em parte, se justificam até hoje. O que demonstramos com o presente trabalho, no entanto, é que, dadas as substanciais diferenças intrínsecas entre a radiodifusão e os demais *players* que podem produzir, programar ou prover conteúdo eletrônico, sejam estes serviços de telecomunicações ou de valor adicionado, as restrições impostas aos radiodifusores não podem e não precisam se estender, como algumas iniciativas legislativas pretendem, também, a estes outros serviços.

Relevante observarmos, outrossim, que o escrutínio da história da radiodifusão no Brasil nos traz à memória os poderes e a força de barganha política que os radiodifusores detinham e ainda detêm. E não é sem razão que alguns destes radiodifusores, face ao desenvolvimento tecnológico infrene e à falta de recursos econômicos próprios, lancem mão

deste poder para criar, sob a aura de um falso discurso nacionalista, empecilhos ao desenvolvimento de um mercado multipolar e promissor de conteúdo eletrônico no Brasil, que lhes oporia concorrência.

No exame pormenorizado de cada serviço, ? vislumbramos os efeitos deletérios à pluralidade de fontes de informação que adviriam da aprovação de medidas restritivas impróprias ao provimento do conteúdo eletrônico e mostramos como tais medidas destoam do conjunto normativo hoje vigente indo de encontro a princípios constitucionais elementares, ao espírito da LGT e a toda sistemática normativa e regulatória de telecomunicações produzida até hoje. Ademais caminham opostamente ao que vem ocorrendo no restante do mundo.

Diante do absurdo legal e regulatório que essas medidas apresentam, não podemos deixar de considerar as conseqüências econômicas danosas da concentração do mercado de comunicação social eletrônica nas mãos de um oligopólio ou mesmo um monopólio da radiodifusão ou de um ou mais radiodifusores. Tanto empresas de telecomunicações que provêm conteúdo eletrônico como os usuários desses serviços, os consumidores em geral e mesmo toda a população brasileira sofreriam prejuízos inomináveis na diversidade, na quantidade e na qualidade de informação disponível.

A idéia mesma de aplicar preceitos relacionados à radiodifusão aos outros serviços que de alguma forma produzam, programem empacotem, distribuam ou provejam comunicação eletrônica de massa constitui, por si só, uma incongruência incontornável ilegal, auto-contraditória e que, em última instância, conduz ao absurdo. Mídias distintas da radiodifusão, como a Internet, por exemplo, merecem tratamentos regulatórios absolutamente diferentes daqueles que regem a radiodifusão, com os enfoques próprios e peculiares a cada um destes serviços, sob pena de frear ou mesmo destituir o serviço de seu vigor e funcionalidade originais.

Resta evidente, portanto, que impor as restrições aplicadas aos radiodifusores sobre outras mídias, serviços de telecomunicações ou serviços de valor adicionado revela-se um equívoco, dentre outros, do ponto de vista jurídico, uma vez que destoa do panorama legal e regulatório vigentes; do ponto de vista econômico, visto que tornam inoperáveis várias empresas; do ponto de vista educacional, visto que cingi-se a quantidade de fontes de

informação e, com isso, a variedade de canais que viabilizam a multiplicidade de opiniões. Todas essas questões afetam diretamente o bem-estar geral da população brasileira.

Conforme fartamente demonstrado ao longo deste trabalho, o conjunto interpretativo sistemático da legislação brasileira nos conduz à conclusão de que o conteúdo eletrônico deve reger-se pelos princípios de liberdade da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, ANDRÉ MENDES. **Mídia Eletrônica, Seu controle nos Estados Unidos e no Brasil**. São Paulo: Editora Forense, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e Sociedade da Informação**. São Paulo: Editora Forense. 2002.

AZZAM, ROBERT, and RANSOM, NIEL. **Broadband Access Technologies**. Chicago: Editora McGraw Hill Telecommunications. 1999. p 30.

BAKER, Edwin C. **Media Markets and Democracy**. London: Editora Cambridge University Press, 2002.

BROCK Gerald. **Telecommunications Policy for the Information Age**. Harvard: Editora Harvard Business School. 1998. p. 217.

CARTER, T. Barton; Dee, Juliet; Zuckman, Harvey. **Mass Communications Law**. Washington D.C.: Editora West Group. 2001.

IRVING FANG. **A History of Mass Communications, Six Information Revolutions**. California: Editora Focal Press USA, 1997 p. 19.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências reguladoras independentes**. São Paulo: Editora Dialética. 2002.

KRATTENMAKER, Thomas and POWE Lucas. **Regulating Broadcasting Programming**. Chicago: Editora The AEI Press USA, 1994.

MISES, Ludwig Von. **As Seis Lições**. Rio de Janeiro: Editora Instituto Liberal. 1979.

NEWBERY, David. **Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities**. Editora The MIT Press, 1999.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e Responsabilidade nos Meios de Comunicação**. São Paulo: Editora Rt Revista dos Tribunais. 2002.

SMITH F. Leslie, MEESKE Milan e WRIGHT II, John W.. Boston: **Electronic Media and the Government**. Editora Longman Publishers USA, 1995.

YOFFIE, David. **Competing in World of Digital Convergence**. Harvard: Editora Harvard Business School Press. 1997.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, André Mendes de. **Mídia Eletrônica e seu controle nos Estados Unidos e no Brasil**. São Paulo: Editora Forense. 2001.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática**. São Paulo: Editora Copola, 2002.

AZEVEDO MARQUES, Floriano Peixoto. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. Editora Malheiros Editores, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª Ed., São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2002.

BARON, Jerome. **Constitutional Law in a nutshell**. ST. Paul, Minn.: Editora West Publishing, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. **As Tendências do Direito Público no liminar de um novo milênio**. Editora Saraiva, 2000.

BENNATON, Jocelyn. **O que é Cibernética**. 3º São Paulo: Editora Brasilense, 1985.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito**. Editora Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2002.

BORGES, Edinaldo de Holanda. **Teoria Científica do Direito**. Editora Oliveira Mendes, 1998

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. São Paulo: Editora Renovar, 1999.

CAPALDI, Nicolas (coord). **Liberdade de expressão – uma antologia de Stuart Mill a Marcuse**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1974.

FERREIRA, Aluizio. **Direito à Informação, Direito à Comunicação – Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira**. São Paulo: Editora Celso Ribeiro Bastos Editor, 1997.

VIANNA, Gaspar. **O direito de Telecomunicações**. Rio de Janeiro: Editora Rio Sociedade Cultural, 1976.

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

GOIS Jr., José Caldas. **O Direito na era das redes: a liberdade e o delito no ciberespaço**. Pernambuco: Editora Edipro. 2002.

GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito e Internet, relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Editora RT. 2001.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

NOBRE, Freitas. **Imprensa e Liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação**. Editora Vista Nova, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Celso Ribeiro Bastos Editor, 1999.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu M; SAVEDRA, Mônica Maria G. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

POOL, Ithiel de Sola. **Technologies of Freedom**. New York The Belpnap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts e London, England.

SANTOS, Ozéias J.. **Lei de Imprensa interpretada pelos Tribunais**. São Paulo. Editora Lawbook, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros Editores, 2002.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Liberdade de expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Editora IBCCRIM, 2000.

SOUSA, Nuno e. **A liberdade de imprensa**. Coimbra: Editora Almedina, 1984.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª Ed., 3ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2002.