

O direito à comunicação e a comunicação como política social: regulamentando a comunicação social eletrônica (15 de novembro de 2002)

Márcio Iorio Aranha
Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de Direito da UnB
Coordenador do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB
Palestra proferida no Seminário Nacional de Legislação e Direito a Comunicação
Tema do Seminário: *Regulamentando a Comunicação Social Eletrônica*

Muito do que se discute sobre o controle estatal dos *serviços de telecomunicações (mais especificamente para os interesses deste encontro: de comunicação social eletrônica)*, da *rede* e do *espectro* envolve distintos aspectos jurídicos do fenômeno da intercomunicabilidade que podem ser resumidos, para os fins desta fala, em administração prestacional e administração ordenadora estatais.

A questão da consolidação de uma regulamentação estatal sobre a comunicação social eletrônica diz respeito a estes dois aspectos de normatização do setor a que me dedicarei, visto que quanto à identificação e pormenorização do marco regulatório das mídias já temos na mesa uma autoridade no assunto, o Prof. Murilo César Ramos.

De um lado, no que se refere às atividades prestacionais da Administração, estão as tradicionais formas de *radiodifusão sonora e de sons e imagens*, submetidas a um regime público de prestação, porque titularizadas pela União Federal conforme disposto no art.21, XII, *a* da CF/88 [competência da União para prestação mediante autorização, permissão e concessão da radiodifusão] em conjunto com o art.49, XII da CF/88 [competência exclusiva do Congresso Nacional para apreciar atos de concessão e de renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão]. Nelas, a técnica concessional caracteriza sua prestação, resultando, portanto, de um ato estatal com *efeito derivativo* (a concessão integra direitos novos na esfera jurídica do destinatário oriundos da Administração Pública), cujo espaço de interferência estatal no setor aumentaria conforme a política pública do momento de outorga do serviço se não houvesse outras restrições predefinidas em lei. Estas *outras restrições* decorrem do fato do setor de radiodifusão ainda conviver com uma contenção especial de atuação estatal por intermédio de deslocamento das tradicionais funções executivas de decisão sobre a utilidade ou não de renovação da concessão da radiodifusão sonora e de sons e imagens, transferindo-as ao Congresso Nacional (art. 223, §2º e §3º) e, paralelamente, há o deslocamento da função tradicionalmente executiva de cancelamento da concessão ou permissão antes do prazo de vencimento para decisão do Judiciário (art. 223, §4º). Este formato de tratamento dos tradicionais serviços de difusão de sons e de sons e imagens (rádio e televisão abertas) diminuem bastante a possibilidade de reorientação do controle estatal conforme políticas de governo porque predefinidas em termos contratuais entre o Estado e o prestador. Diferentemente da tradicional radiodifusão de sons e sons e imagens, o Serviço de TV a Cabo foi concebido como serviço de *distribuição de vídeo e/ou áudio a assinantes mediante transporte por meios físicos*. A consideração dos serviços como públicos e passíveis de prestação por concessão

associada a seu caráter eminentemente social (art. 3º da Lei 8.977/95)¹ faz com que, embora não difusores, aproximem-se deste caráter à medida que ampliam seu público alvo. Seu caráter público é evidenciado em lei e, sob o enfoque prestacional, somente se distingue da difusão de sons e sons e imagens por carecer das conecções especiais de atuação do Executivo, como há naqueles. A proximidade em termos regulatórios é tão evidente que a Lei 8.977/95 traz, no art. 38², uma regra orientadora de política pública para preservação mediante salvaguarda da radiodifusão sonora e de sons e imagens com a ressalva de que isso não dificulte a livre competição. No mesmo sentido, pode-se falar do Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA) aprovado pelo Decreto 95.744, de 23/02/1988, que submete a prestação deste serviço voltado a suprir as necessidades de comunicação de interesse geral não aberto a correspondência pública ao regime de permissão de serviços.

Seguindo o sentido desta exposição, deixando-se de lado o aspecto prestacional de atividades declaradas públicas, há o conjunto a cada momento mais extenso de atividades possibilitadas em sua dimensão mais ampla pela Emenda Constitucional n.8 de 1995 e pela conseqüente Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), esta última parcialmente revogadora do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações, conjunto este tido como essencialmente privado, mas sujeito a um controle prévio por parte da Administração Pública para seu exercício, bem como a controles outros de acompanhamento da atividade para preservação do interesse público resultado de atividade administrativa ordenadora (a clássica atividade de poder de polícia estatal). Nelas estão inseridas as modalidades de TV por assinatura (por satélite - DTH e por microondas - MMDs³) e demais serviços de telecomunicações que podem revelar interesse para o conceito de comunicação social eletrônica, como também os serviços precursores (SLE [SRE, SCE] e SRTT [SLD, SRCP, SRCC]) e o atual serviço de comunicação multimídia, regulamentado pela Resolução 272 da ANATEL, de 9 de agosto de 2001, que não admite a distribuição de sinais de áudio e/ou vídeo em forma de programação seriada para assinantes (excluindo a entrada na área da TV por assinatura) e para livre recepção para o público em geral (radiodifusão), mas permite o fornecimento de sinais de áudio e/ou vídeo *de forma eventual, mediante contrato de pagamento por evento*. Nestas atividades titularizadas pelo particular, a medida de interferência estatal somente pode ter a extensão estritamente necessária à proteção do interesse público, que, no mais das vezes, evidencia-se, tradicionalmente, pela intenção de preservação da própria viabilidade do serviço. Tais atividades estão submetidas à exigência de autorização caracterizadas como atos de remoção de limites que incidem sobre direitos preexistentes na esfera do particular. Há um direito privado condicionado pela lei a uma intervenção preventiva da Administração para proteção do interesse público. A autorização torna atual uma faculdade que só existia potencialmente, que, no caso, é o direito à comunicação sob o enfoque do prestador do serviço mediador desta utilidade.

¹Art. 3º. O Serviço de TV a Cabo é destinado a promover a cultura universal e nacional, a diversidade de fontes de informação, o lazer e o entretenimento, a pluralidade política e o desenvolvimento social e econômico do País.

²Art. 38. O Poder Executivo deve levar em conta, nos regulamentos e normas sobre o serviço de TV a Cabo, que a radiodifusão sonora e de sons e imagens é essencial à informação, ao entretenimento, à educação da População, devendo adotar disposições que assegurem o contínuo oferecimento do serviço ao público. Parágrafo único - As disposições mencionadas neste artigo não devem impedir ou dificultar a livre competição.

³Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanais.

Feitas estas constatações, existem algumas questões que surgem a partir da compreensão teleológica da comunicação social eletrônica como bem jurídico ligado umbilicalmente a aspectos de liberdade de manifestação de pensamento, de direito à informação, de direito à comunicação (art.5º, IX da CF/88)⁴, de direito a uma comunidade de informação (como é discutido nas questões das rádios comunitárias), de direito à uma identidade cultural (art.221, II da CF/88)⁵.

Dentre as questões trazidas com a compreensão deste pano de fundo jurídico das políticas públicas pertinentes à comunicação social eletrônica, levantarei algumas como minha função de polemizar o debate.

Em primeiro lugar, a questão da medida com que as disposições jurídicas específicas (legislação e regulamentação dos serviços de comunicação social) e os pressupostos tradicionais de interferência no setor (poder de polícia estatal) implicam cerceamento de direitos ínsitos às atividades de comunicação social. Certamente, aqui, há que existir um tratamento diferenciado no que diz respeito à regulamentação da comunicação social frente a serviços de telecomunicações em geral, muito embora praticamente emanados, no âmbito dos novos serviços, pelo mesmo órgão regulador.

Em segundo lugar: até que ponto a utilização das redes de SCM, e mesmo de STFC e SMP, para provimento de serviços de valor adicionado, quando sua capilaridade for mais representativa, resistirá à sua configuração de comunicação social.

Em terceiro lugar, e talvez, o mais relevante para esta exposição, está a compreensão de que as opções de tratamento jurídico do setor de comunicação social eletrônica, tenha ele a extensão que tiver, trabalha com limites mínimos de preservação dos princípios constitucionais dele orientadores e que o descompasso na regulamentação da comunicação social eletrônica muito decorre de subdivisões técnicas assimiladas na própria Constituição e na legislação em geral, que inicialmente estiveram voltadas à consolidação de um setor tido como o único capaz de implementar a difusão aberta em face da apresentação de suas utilidades como quase exclusivas (que era o caso da radiodifusão sonora e de sons e imagens), mas que, com o desenvolvimento tecnológico e penetração de outros meios de telecomunicação, estas utilidades de caráter social vem, aos poucos, sendo obrigadas a conviver com outras atividades de caráter privado, que tradicionalmente encontram sua esfera de atuação a partir da composição diária de interesses entre o público interessado, as empresas prestadoras e o Estado regulador. As pautas normativas, nesta dimensão, são fluidas, pois não são negociadas de antemão entre contratantes (Estado-prestador do serviço radiodifusor). Elas decorrem de interpretação da medida dos direitos de informação, de comunicação, de cultura e até mesmo de reunião e formação de comunidades como é o fundamento primeiro das rádios comunitárias. Para quem não é da área jurídica, fica a consideração de que tais limites nunca estão previamente estabelecidos, pois as dimensões das esferas individuais e as da esfera pública travam um incessante embate, que acompanha a percepção do que é público e privado em cada época.

Uma coisa é certa. A dimensão de interferência estatal e, portanto, de controle, sobre a comunicação social eletrônica, independentemente de estar ou não com seu devido peso, é inversamente proporcional à força e presença de mecanismos sociais de

⁴Art. 5º (...), IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

⁵Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação.

auto-regulação, que são o caminho para o fortalecimento da *virtude política*. À medida que a comunicação social eletrônica enfraquece sua dimensão de radiodifusão aberta para paulatinamente conviver com outras formas eletrônicas de alcance da sociedade, mais justificativas há para atuação normativa estatal sobre conteúdo por intermédio de regulamentações de tecnologia, de escassez de meios e de garantia da concorrência e proteção dos direitos do usuário/destinatário, pois as amarras tradicionais de poder de polícia estatal, porque dirigidas apenas a moldar a atuação do particular, são insuficientes para pleitear a peculiaridade do caráter social de uma atividade não titularizada na íntegra pelo Estado.

Se o objetivo é a democratização da comunicação, então há que se ponderar que limitações do direito humano à comunicação (e de seus coligados: atividades intelectual, artística e científica), e que distorções de tratamento jurídico de serviço, que em última análise, se afiguram com o mesmo fim de comunicação social, vêm trazidas clandestinamente em regulamentações cuja interferência naquele direito está previamente delimitada pelo alcance dos interesses ínsitos à regulamentação, vale dizer: unicamente a preservação de viabilidade do serviço; preservação da utilidade do meio; proteção dos direitos do usuário/destinatário e a caracterização dos serviços como sociais. A democratização da comunicação exige uma discussão aberta da regulamentação, que está fazendo política pública diariamente ao acompanhar o desenvolvimento dos meios de comunicação; está dando novos contornos ao formato tradicional de tratamento da comunicação social por meio da diversificação dos sistemas de regulação de serviços essenciais à comunicação social eletrônica.

A pergunta que permanece é: este emaranhado regulatório permite a devida preservação do aspecto social da comunicação?

Eram estas as considerações que gostaria de colocar à mesa, levando em conta que, em face da novidade da mudança constitucional (EC 36/02), será certamente do debate que surgirão as maiores contribuições.

Agradeço pelo convite e pela gentileza de todos os presentes.