

A defesa da liberdade de radiodifusão

A introdução da TV Digital no cenário audiovisual brasileiro é fértil para refletirmos sobre o seu regime jurídico, avaliando seu estado atual e a sua evolução futura tão necessária para a democracia.

O modelo tradicional do serviço de televisão por radiodifusão está fundado na matriz clássica de serviço público, disciplinado na forma da desatualizada Lei nº 4.117/62. Entende-se que a União é a titular do serviço, daí porque o particular somente poderá explorá-lo mediante concessão. Assim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira dizem que a TV por radiodifusão é um serviço público.

Não é, portanto, um regime favorável à liberdade de radiodifusão. Se determinadas empresas quiserem prestar o serviço de televisão somente poderão fazê-lo mediante a obtenção da concessão. Vale dizer, o direito à prestação do serviço é algo concedido pelo poder público que é, em verdade, seu verdadeiro titular.

Em que pese o respeitável entendimento antigo, proponho uma nova compreensão a partir do *enquadramento dos serviços de televisão no sistema de radiodifusão privado como atividade econômica em sentido estrito*. Defendo, então, o afastamento do regime de concessão de serviço público do setor comercial de radiodifusão.

Com isto há a adequação entre o direito e a realidade de mercado. Ao invés de uma concessão de serviço público, ter-se-á uma autorização administrativa para a prestação de uma atividade privada.

O novo enfoque não é uma mera troca de rótulos. Trata-se de uma moderna concepção favorável ao regime da liberdade de radiodifusão, submetida, porém, a uma autoridade reguladora.

O regime de serviço público não deve ser abandonado. Ao contrário, ele deve evoluir a ponto de servir aos sistemas público e estatal.

Por décadas tem ocorrido a aplicação generalizada da noção de serviço público em relação a todos os sistemas de radiodifusão, sem que tenha sido dada a devida atenção aos

direitos fundamentais. É chegado o momento da reconstrução da noção de serviço público de televisão de modo a servir como um efetivo canal de realização dos direitos fundamentais, mediante a atividade de televisão.

O instituto da concessão de serviço público utilizado no serviço de televisão por radiodifusão tem servido aos interesses dos concessionários e ao seu propósito lucrativo do que ao interesse público. Vale dizer, a concessão e o respectivo regime de serviço público contribuíram muito mais à formação de reservas de mercado e à concentração de poder econômico do que aos interesses dos usuários dos respectivos serviços.

Ainda, a concessão tem favorecido aos interesses políticos, havendo uma *politização* excessiva no processo de outorga e renovação de emissoras de televisão. Nesse aspecto, o direito não tem sido eficaz o suficiente para impedir o cometimento de abusos do poder político, a exemplo da propriedade de inúmeras emissoras por agentes políticos.

Daí porque se propõe a disciplina dos serviços de televisão por radiodifusão sob o ângulo do mercado. A adoção do regime privado pelo ordenamento jurídico é mais adequada à sua respectiva dinâmica, particularmente em um setor sob constante evolução tecnológica que culmina na convergência das mídias.

A relativização da utilização da noção de serviço público e a flexibilização do regime jurídico justificam-se também em virtude das transformações decorrentes da utilização da técnica digital no setor de radiodifusão.

O Estado, seja por ação, seja por omissão, não pode impedir o desenvolvimento tecnológico, ao contrário, ele deve ser o protagonista no cenário de transformações capitaneadas pelo mercado. O Estado não pode legitimar um modelo de estruturação de *reserva de mercado*, em favor dos interesses dos radiodifusores, em detrimento dos interesses da sociedade. Pelo contrário, a sua missão é a de promover um regime de competição voltado à eficiência e ao pluralismo no campo da radiodifusão.

E mais, a nova visão serve à democratização do cenário audiovisual, assegurando-se a existência de estruturas de comunicação e a diversificação do conteúdo na programação de televisão, mediante o desenvolvimento da liberdade de radiodifusão pertencente aos agentes econômicos.

O serviço de televisão configura uma atividade de distribuição de conteúdo audiovisual. É evidente que sua prestação requer a disponibilidade desse mesmo conteúdo

audiovisual. Portanto, a utilização do regime privado é um fator de adequação entre as ofertas de produção e de distribuição do produto.

O novo enfoque proposto permitirá a gestão mais eficiente das frequências do espectro eletromagnético, com a racionalização de seu uso entre os agentes privados, públicos e estatais. Assim, faz-se necessária a repartição das frequências em diversas categorias de utilização, a saber: usos comerciais e não-comerciais, assegurando-se, porém, o acesso prioritário aos sistemas de radiodifusão estatal e público.

Igualmente, em um ambiente de convergência tecnológica, com a possibilidade de prestação dos serviços de televisão por diversas plataformas, o novo modelo, ora proposto, impõe-se diante da tendência de entrelaçamento entre o mercado de serviços televisão por radiodifusão e o de serviços de telecomunicações.

Aqui, adota-se uma posição crítica diante da separação entre os dois setores, conduzida pela Emenda Constitucional nº 08/95, razão pela qual se defende uma aproximação entre os mesmos e a necessária modificação do ordenamento jurídico, quer por Emenda Constitucional, quer por lei ordinária.

O reconhecimento pelo ordenamento jurídico da lógica de mercado possibilitará a melhor repartição dos benefícios decorrentes da técnica digital entre as empresas, a sociedade, os consumidores, os cidadãos etc., desde que, é claro, seja atribuída a competência regulatória sobre os serviços de televisão por radiodifusão a uma agência reguladora, no caso, a ANATEL, com a função de assegurar o equilíbrio interno no mercado nacional e o equilíbrio externo em face dos demais sistemas de radiodifusão.

Atualmente, já prevalece a lógica de mercado no sistema de radiodifusão privado, porém a doutrina e a jurisprudência tratam, ainda, como serviço público privativo do Estado.

O que falta apenas é adequação entre o direito e os fatos, pois um conceito só se justifica se ele refletir a realidade dos fatos e do direito. Mostra-se inadequado insistir na manutenção da utilização de uma noção clássica, sendo que as realidades constitucional, social e tecnológica apontam para a necessária atualização de seu sentido. Assim, o conceito do passado deve ser transformado e adaptado conforme as circunstâncias do presente, com vistas à regulação setorial que produzirá efeitos para o futuro. De um lado, possibilita-se a sua permanência (no âmbito dos sistemas de radiodifusão estatal e público), de outro lado, viabiliza-se a sua mudança (com o seu afastamento do sistema de radiodifusão privado).

Ericson Meister Scorsim

Advogado. Doutor em Direito pela USP. O autor mantém o site: www.tvdigital.adv.br