

É possível legislar sobre TV Digital por decreto?

19/11/2007

Estamos em contagem regressiva para um fato que representa um marco inicial para as batalhas jurídico-regulatórias envolvendo liberdade de mídia e concorrência leal: as primeiras transmissões da TV Digital, cujo padrão foi suavemente cominado pelo Ministério das Comunicações, se darão, em 02 de dezembro de 2007, sem que a população brasileira sequer pudesse ter conhecimento do que se trata e quais as implicações que tal tecnologia traz no dia-a-dia dos lares e no modelo de negócios das empresas envolvidas no setor telecomunicativo.

Na iminência de entramos em uma fase *simulcast* onde a transmissão digital poderá conviver com a analógica até julho de 2016 (isto se as emissoras suportarem), e no fervor das discussões multifacetárias envolvendo desde estrutura até a feição regulatória da TVD, traçamos os principais aspectos jurídico-concorrenciais da evolução da TV para o padrão digital, e os detalhes da batalha jurídica vindoura, envolvendo empresas de telecomunicações, provedores de serviços na internet e empresas radiodifusoras.

Com a adoção pelo Governo Federal do padrão japonês ISDB-T, como base ao modelo brasileiro, as radiodifusoras pontuaram, mas esta vitória representa apenas um ponto necessário à longa e duradoura batalha que se anuncia, recheada de interesses políticos e comerciais, os quais passamos a esclarecer em uma síntese histórica do prisma regulatório brasileiro, envolvendo as telecomunicações e radiodifusão.

Muito se apregoa que um passo importante que o país está dando para a inclusão digital é o desenvolvimento da TV digital brasileira, para que cada um de nós possa ter uma televisão com tecnologia superior à que existe nos dias de hoje, com uma qualidade melhor de imagens e sons e com outros serviços, inclusive navegação na internet.

Mas, desde quando radiodifusão envolve navegação na internet? De imediato imaginamos que as radiodifusoras prescindiriam da ajuda das amigas operadoras de telecomunicações, e aí é que a dúvida aguça? Qual a diferença entre radiodifusão e telecomunicação?

Radiodifusão é a emissão e transmissão de notícias, de programas culturais ou recreativos por meio da radiofonia, para recepção geral. Radiofonia é a conversão em som dos raios térmicos e luminosos das ondas hertzianas. Para compreendermos completamente, é preciso que saibamos que Hertz (Hz) é a unidade de medida de frequência definida como a frequência de um fenômeno cujo período tem a duração de um segundo; um ciclo por segundo.



Neste cenário, descobrimos que a radiodifusão é a comunicação que deve se dar necessariamente por meio de Radiofrequência (frequência de onda eletromagnética, intermediária entre as audiofrequências e as frequências infravermelhas), considerando-se frequência, o número de oscilações de um movimento vibratório na unidade de tempo.

Telecomunicação é conceituada como sendo a denominação geral das comunicações à distância, compreendendo a telefonia e telegrafia (por fios ou por ondas hertzianas) e a televisão. Já por televisão, considera-se o sistema eletrônico para transmitir imagens fixas ou animadas, juntamente com o som, através de um fio ou do espaço, por aparelhos que os convertem em ondas elétricas e os transformam em raios de luz visíveis e sons audíveis.

Logo, concluímos que se a televisão utiliza radiofrequência, é uma modalidade de radiodifusão, que por sua vez é modalidade de telecomunicação, que é o gênero.

Na história da regulamentação da telecomunicação brasileira também evidenciamos que radiodifusão e telecomunicação eram tratadas como institutos comuns, como no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117 de 1967), que definia em seu artigo 6º. que *“Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam:*

e) serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão;”

Ainda, na Constituição Federal de 1988, em sua versão original, serviços de telecomunicações e radiodifusão recebiam tratamento único (alínea “a”, inciso XII do Art. 21). Porém, com o advento da Emenda Constitucional 8 de 1995, que permitiu privatização das telecomunicações, surge a reorganização dos serviços, o que fez com que radiodifusão e telecomunicação se dissociassem. Estabelece ainda a Emenda, que lei criaria órgão regulador dos serviços de telecomunicações.

Neste cenário nasce a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), criando a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que principia com a função de regulamentar o setor de telecomunicação, exceto a radiodifusão, que permanece disposta pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, e regulamentada pelo CONTEL (Conselho Nacional de Telecomunicações), hoje, Ministério das Comunicações, com suas concessões realizadas diretamente pelo Presidente da República.

Temos então o conceito de Radiodifusão, pelo CBT:

Art. 6º Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam:

*e) serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e **livremente** pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão;*

Já o conceito de Telecomunicações, pela LGT:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

No caso da TV Digital, muito se questionou da ausência da Anatel no processo de implantação da tecnologia, entretanto, como apreendemos, Anatel não tem competência para regulamentar radiodifusão, sendo competente para os demais serviços de telecomunicações, inclusive a TV a cabo, esta disciplinada pela Lei 8.977 de 1995. Ainda, embora a radiodifusão seja competência do Ministério das Comunicações, é da Anatel a atribuição de coordenar e administrar os espectros, canais finitos de radiofrequência, considerados um patrimônio nacional, conforme verificamos da LGT:

Art. 157. O espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência.

Art. 158. Observadas as atribuições de faixas segundo tratados e acordos internacionais, a Agência manterá plano com a atribuição, distribuição e destinação de radiofrequências, e detalhamento necessário ao uso das radiofrequências associadas aos diversos serviços e atividades de telecomunicações, atendidas suas necessidades específicas e as de suas expansões.

§ 1º O plano destinará faixas de radiofrequência para:

II — serviços de telecomunicações a serem prestados em regime público e em regime privado;

III — serviços de radiodifusão;

Durante muito tempo os serviços de telecomunicação e radiodifusão foram concebidos como institutos absolutamente distintos, cada qual com suas modalidades e função. Concebia-se telecomunicação com a singela função de interligar de alguma forma emissor e receptor. Concebia-se radiodifusão como um canal unilateral de transmissão de imagens e sons. Isto mudou.

Como visto, embora radiodifusão também seja uma espécie de telecomunicação no sentido etimológico, legalmente são institutos absolutamente distintos, contando cada qual com metas, planos de licitação, outorgas e regras próprias. Dentre as distinções até então concebidas podíamos citar:

Característica	Telecomunicação	Radiodifusão
Transmissão	Por qualquer meio	Radiofonia
Preço	Tarifada (Gratuidade é exceção)	Gratuita
Acessibilidade	Pública ou Restrita	Livre
Comunicação	Bilateral	Unilateral
Tributação	Tributada	Imune
O que podem transmitir	Sons, imagens e quaisquer outras informações	Sons e imagens
Aplicação básica	Telefonia	Televisão e Rádio (Conteúdo)
Regulamentação	Anatel	MCOM
Atribuição Frequência	Anatel	Anatel
Concessão	Anatel	Presidente da República
Lei Base	9472-1997	4117-1967

O paradigma acima mencionado perde força a partir do momento em que constata-se que embora a aplicação básica da telecomunicação seja a telefonia, legalmente, a mesma pode transmitir a mesma mídia que a radiodifusão, como sons imagens e qualquer outra informação. Em apertada síntese, a diferença cabal entre ambos os serviços é que na radiodifusão aberta a transmissão se caracteriza por utilizar necessariamente a radiofrequência e por gratuita. E neste cenário, o que impediria uma operadora de telecomunicação de onerosamente transmitir programas via banda larga? Programas são sons e imagens (e as teles podem transmitir sons e imagens!) E o principal, as teles não estão utilizando radiofrequência! Ou seja, não estão praticando sob o prisma legal radiodifusão, não estando sujeitas aos crimes de radiodifusão clandestina e às licitações pelas quais passam as Emissoras. Agora sobre o prisma prático...o serviço é o mesmo!

Este é o núcleo do problema, e ele tem um nome: Convergência!

Convergência tecnológica é um termo que, de maneira geral, é utilizado para designar a tendência de utilização de uma única infra-estrutura de tecnologia para prover serviços que, anteriormente, requeriam equipamentos, canais de comunicação, protocolos e padrões independentes.

As tecnologias envolvidas no processo de convergência são, de forma geral, tecnologias modernas de telecomunicações tais como rádio, televisão, redes de computadores e de telefonia.

A convergência mesclou e vem miscigenando absolutamente a característica dos serviços de tecnologia, bem como criando nebulosas discussões jurídicas, principalmente sobre o prisma do direito à concorrência leal e livre, dentre as quais podemos destacar:

a) A mudança do acesso dial-up (discado à Internet) para a banda larga — questionou-se qual era a utilidade dos provedores de acesso sendo que a empresa de telecomunicações já dispunha da tecnologia Ip e fornecia toda a estrutura para acesso à internet (Diversos processos foram instaurados);

b) O surgimento do VoIP (Telefonia de Voz sobre IP), em suas modalidades pc-to-pc, pc-to-phone e phone-to-phone. A zona cinzenta se deu em caracterizar VoIP em serviços de valor adicionado (tal como provedores de serviços) ou em serviços de telecomunicações. Ainda, questiona-se até hoje se é legal os prestadores Voip se utilizarem da estrutura física das empresas de telefonia (concessionárias) sem pagarem nada pelo uso (bypass – unbudling);

c) Agora com a TV Digital, indaga-se se é lícito às telecomunicações oferecerem conteúdo via IP ou outro meio que não o radiofônico, descaracterizando “serviço de radiodifusão”. Para as radiodifusoras, é vedado às teles prestarem conteúdo, dado seu caráter. Por outro lado, não bastasse a natureza abrangente dos serviços de telecomunicações, a Anatel regulamentou o serviço SCM — Serviço de Comunicação Multimídia (Resolução 272 de 2001), justamente para

enquadrar as teles que ofereciam novos conteúdos e mídias, sobretudo com o advento da Internet.

Para agravar a situação das radiodifusoras, o primeiro decreto sobre TV Digital no Brasil (4.901-2003), tinha como uma das funções, contribuir para a convergência tecnológica e empresarial dos serviços de comunicações; E convergência é inimiga do “cinquentão” modelo de negócios das TVs, eis que na convergência a TV é agregada à Web, que traz em si o conceito de *on demand*, o que significa o “fim dos comerciais”, o ganha-pão das atuais radiodifusoras.

"Esse recurso [de conteúdo sob demanda] é terrível. Querem acabar com o nosso negócio", rebate José Marcelo Amaral, diretor de tecnologia da Rede Record. Para ele, "a TV é feita para a população de massa ver o que está passando ao vivo".

(<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u319568.shtml>)

Somava-se a tudo o peso de uma prenunciada “TV Digital”, que permitiria interatividade, e interatividade pressupunha acesso a uma rede IP, “carro chefe” das telecomunicações! Por outro lado, se a revolução era inevitável e se a batalha legal estava perdida, restava às radiodifusoras partirem para uma última batalha, a técnica, conjugando esforços para a concepção de uma TV Digital que privilegiasse ao máximo o modelo analógico televisivo.

Solução: Escolher o padrão adequado e pertinente, o Japonês.

Dentre os padrões conhecidos, o norte-americano ATSC (Advanced Television Systems Committee), o Europeu DVB (Digital Video Broadcasting) e o Japonês ISDB (Integrated Service Digital Broadcasting), sem adentrarmos na cansativa discussão técnica, este último era a “bandeira” das radiodifusoras, sob o argumento principal da “mobilidade”, inexistente no padrão americano, argumento esse do qual comungava o Ministério das Comunicações.

Em verdade, a escolha do padrão japonês tinha outro fundamento: O canal de radiofrequência atribuído pela TV digital é de 6 Mhz, e no padrão europeu, mais utilizado no planeta, tal faixa é considerada um “latifúndio” para as transmissões, o que faria com que no mesmo canal pudessem ser alocados 4 (quatro) subcanais.

Já no padrão japonês, os 6 Mhz consignados pelo governo seriam completamente utilizados por um único canal (ocupa 5,6 Mhz), o que além de acabar com um problema estrutural e negocial das atuais radiodifusoras, que estavam perdendo o sono pensando em como ocupar o espectro, suportando o custo da digitalização e múltiplos canais, sem poder repassar um centavo ao telespectador (pelo princípio da gratuidade), sanou o “medo dos medos” das concessionárias: a multiprogramação, que poderia favorecer a criação de novos canais (licitação do espectro), onde as teles poderiam ser grandes interessadas e concorrentes de peso!

Lamentavelmente, o modelo de melhor qualidade, porém menos convergente e interativo foi eleito pelo governo, com a edição do Decreto 5.820 de 29 de junho de 2006, que dispôs sobre a

implantação do SBTVD-T (Sistema Brasileiro de TV Digital), estabeleceu diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e dos serviços de retransmissão de televisão, e deu outras providências. Atualmente o decreto foi regulamentado pela Portaria 652 de 10 de outubro de 2006, que atribuiu o cronograma de transição.

Dentre as principais disposições do Decreto, estão:

*Art.5º O SBTVD-T **adotará, como base, o padrão de sinais do ISDB-T**, incorporando as inovações tecnológicas aprovadas pelo Comitê de Desenvolvimento de que trata o Decreto 4.901, de 26 de novembro de 2003.*

Art. 6º O SBTVD-T possibilitará:

I — transmissão digital em alta definição (HDTV) e em definição padrão (SDTV);

II — transmissão digital simultânea para recepção fixa, móvel e portátil; e

III — interatividade.

Art. 7º Será consignado, às concessionárias e autorizadas de serviço de radiodifusão de sons e imagens, para cada canal outorgado, canal de radiofrequência com largura de banda de seis megahertz, a fim de permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos.

Art. 9º A consignação de canais de que trata o art. 7º será disciplinada por instrumento contratual celebrado entre o Ministério das Comunicações e as outorgadas, com cláusulas que estabeleçam ao menos:

(...)

§ 3º A outorgada deverá iniciar a transmissão digital em prazo não superior a dezoito meses, contados a partir da aprovação do projeto, sob pena de revogação da consignação prevista no art. 7º.

Art. 10. O período de transição do sistema de transmissão analógica para o SBTVD-T será de dez anos, contados a partir da publicação deste Decreto.

A perguntar que não cala é: Poder-se-ia legislar sobre TV Digital por Decreto? Sem um amplo debate no Congresso? Em sendo as telecomunicações e informática matérias em que só a União (Governo Federal) pode legislar, e considerando-se que compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos, cabendo ainda aos Ministérios referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República, em princípio não haveria inconstitucionalidades no Decreto da TV Digital.

Porém, todo Decreto deve ser amplamente fundamentado, e geralmente é uma figura legislativa que regulamenta a execução de uma Lei, mas neste caso, que Lei? A LGT e a Lei da Radiodifusão em nenhum momento prenunciam o sistema digital! Outro problema, embora a competência para decretos seja do Presidente, com referendo do Ministro, a competência para outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens também passa pelo crivo do Congresso Nacional, nos termos do art. 223 da Constituição, e tal competência foi indiretamente agredida pelo Decreto. Não bastasse “consignar” canais não é tarefa do Ministério, eis que a modalidade legal é a outorga, após prévio e justo procedimento licitatório.

Mais um ponto questionado, é a verticalização indireta proposta pelo Decreto, que tecnologicamente exclui a possibilidade da livre concorrência na Radiodifusão de imagens, violando a Carta Magna, vejamos:

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.

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

Especulações sobre o elevado preço dos adaptadores para as TVs analógicas (set-top-box) no padrão adotado, e de que o Governo cedeu às pressões das emissoras de TV e do governo Japonês, definindo os rumos da TV brasileira em troca de uma “pseudo” instalação de uma “suposta” fábrica de semicondutores no Brasil, à parte, o fato é que as Emissoras venceram apenas a primeira batalha, sendo que outras já estão sendo travadas, como a exemplo, a iniciativa de partidos políticos e do Ministério Público que pedem a anulação do Decreto por inconstitucionalidades detectadas.

(<http://txt.estado.com.br/editorias/2006/08/22/eco-1.93.4.20060822.10.1.xml> e http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com_content&task=view&id=1216.)

Em síntese, estamos em contagem regressiva para uma TV que não favorece a inclusão digital da massa, imposta pelo executivo, e onde as emissoras saem na frente, mas não vencem, pois apenas adiam o inevitável, ou seja, o rolo compressor chamado “convergência”, e com isso, o fim da verticalização, eis que outras batalhas estão sendo ventiladas, estas, que importarão em uma revisão profunda no modelo regulatório da TV Brasileira, bem como no surgimento inevitável de outras emissoras.

Questões envolvendo plano de negócios das TVs Digitais, que deverão atender segundo o art. 6º do Decreto, a interatividade, e para isso precisarão contar com as teles para os serviços de

“interatividade de retorno” (tal como hoje ocorre nas TVs à cabo), questões envolvendo o direito ao “middleware” dos telespectadores, este compreendido pelo direito de derivar e instalar o sistema operacional da TV Digital como bem entenderem, inclusive optando por versões free, questões envolvendo o conflito entre os DVRs (Digital Vídeo Recorders), funcionalidades inseridas nas novas TVs HDTV de alta definição e que permitem a cópia do conteúdo Digital e os DRMs (Digital Rights Management), ou mecanismos e criptografias que impossibilitam as cópias dos conteúdos, são apenas alguns exemplos das futuras batalhas jurídicas que surgirão, envolvendo o lançamento da TV Digital no Modelo proposto, e que deverão se acirrar com o início das transmissões.

Ademais, o uso do padrão Europeu (DVB) em telefonia móvel pelas teles, tendo em vista que o Decreto foi omissivo neste ponto, e o surgimento da IPTV (esta, sob forte influência dos usuários de internet), que promete superar a TV Digital tal como hoje concebida e possibilitar que a Web 2.0 colaborativa envolva o ambiente televisivo (eis que já incomoda os jornais, com os blogs, e os rádios, com os podcasts), oportunidade em que o conceito de “TV P-2-P on demand” será uma realidade, prometem acalorar a batalha pelo surgimento de novas regulamentações e pronunciamentos dos Tribunais, disputas estas norteadas segundo os interesses das categorias envolvidas, visando a preservação do mercado e do modelo de negócios, em meio a inconstante “maré alta” da revolução denominada “zero e um”.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2007-nov-19/possivel_legislar_tv_digital_decreto/