

observatório

revista do **ober.com**
observatório da
comunicação

a regulação da convergência

maio 2001

3

a regulação da convergência

observatório

revista do obercom
observatório da
comunicação

observatório

revista do obercom
observatório da comunicação

Publicação semestral

Director: Francisco Rui Cádima

Secretariado de redacção: Maria João Taborda, Vanda Ferreira

Conselho técnico-científico: Aníbal Alves (Univ. Minho), António Fidalgo Univ. Beira Interior), Gustavo Cardoso (ISCTE), Joel Frederico da Silveira (ESCS), José Bragança de Miranda (UNL/ULHT), José Rebelo (ISCTE), Pedro Behran da Costa (ICAM), Pedro Jorge Braumann (RTP/ESCS), Rogério Santos (CIMJ), Rui Marques (Terraviva), Teresa Ribeiro (ICS)

Colaboradores desta edição: Alexandra Figueiredo, Francisco Rui Cádima, George Yarrow, Giuseppe Richeri, Jorge Pegado Liz, Laurent Cohen-Tanugui, Margarida Almeida Rocha, Maria João Taborda, Mário Freitas, Mário Mesquita, Nuno Cintra Torres, Teresa Ribeiro

Endereço da redacção: Palácio Foz
Praça dos Restauradores
250-187 Lisboa

E-mail: inform@obercom.pt

Endereço Internet: <http://www.obercom.pt>

Editor responsável: Obercom – Observatório da Comunicação

Sócios do Obercom: AID – Associação de Imprensa Diária, AIND – Associação Portuguesa de Imprensa, CENJOR – Centro Protocolar de Formação Profissional para Jornalistas, IC – Instituto do Consumidor, ICAM – Instituto do Cinema, Audiovisual e Multimédia, ICP – Instituto das Comunicações de Portugal, ICS – Instituto da Comunicação Social, PT – Portugal Telecom, RDP – Radiodifusão Portuguesa, RR – Rádio Renascença, RTP – Radiotelevisão Portuguesa, SIC – Sociedade Independente de Comunicação.

Paginação e Fotolitos: Jacinto Macau

Impressão: Produção Principal

Depósito legal:

ISSN: 0874-8810

Registo ICS: 123483/00

Preço desta edição: 2000\$00

Reservados todos os direitos. Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida ou transmitida sob qualquer forma ou por quaisquer meios, electrónicos ou mecânicos, incluindo fotocópias e gravações, ou por qualquer armazenamento de informação e sistema de recuperação, sem autorização por escrito do editor.

índice

A REGULAÇÃO DA CONVERGÊNCIA

Teresa Ribeiro	
<u>A regulação de conteúdos</u>	9
Mário Freitas	
<u>Para além do telefone, da televisão e do computador</u>	13
Laurent Cohen-Tanugui	
<u>Que regulação na Europa, para a era da convergência?</u>	25
George Yarrow	
<u>Regulação da concorrência</u>	31
Francisco Rui Cádima	
<u>Para uma genealogia da regulação dos conteúdos</u>	59
Margarida Almeida Rocha	
<u>A especificidade cultural e a regulação dos media em tempo de convergência</u>	69
J. Pegado Liz	
<u>Acerca dos limites reais e imaginários à regulação do audiovisual em ambiente digital</u>	79
Nuno Cintra Torres	
<u>Tempo analógico e pigmento electrónico</u>	99
DIGITAL	
Maria Alexandra Figueiredo / Maria João Taborda	
<u>www.napster.com/_factos_questões_argumentos.soc</u>	103
Giuseppe Richeri	
<u>O cinema rumo ao digital</u>	119
TELECERIMÓNIAS	
Mário Mesquita	
<u>Legitimação política e acontecimentos cerimoniais</u>	125

Editorial

Demonstra-se ao longo do dossier deste terceiro número da *Observatório* que os dispositivos regulamentares da convergência estão de facto subordinados pela evidente sectorização deste novo campo de comunicação e por uma teia normativa resultante da complementaridade entre regulação sectorial e direito da concorrência, tal como pelas diferentes políticas nacionais e europeias aplicadas a estas actividades e ainda pelo facto do novo contexto da economia digital poder vir a alterar os quadros jurídicos tradicionais.

De múltiplos enfoques, opiniões e contribuições para este debate se faz este número 3 da *Observatório*. Mas as duas questões centrais do debate são, na nossa perspectiva, a questão da regulação centralizada – ou não – de redes, serviços e conteúdos da era digital, por um lado, e, por outro, a questão do estabelecimento de quadros normativos rígidos, a delimitar *a priori* o desenvolvimento dos novos media e da convergência num contexto digital. Perante ambas as questões se pronunciam a maior parte dos colaboradores do dossier da revista, sendo certo que sobre esta tema não está feita doutrina.

Teresa Ribeiro considera, por exemplo, que face ao novo contexto de convergência «*a reflexão em curso na União Europeia, ou em certos contextos estritamente nacionais, tem sido rodeada de extrema*

prudência e orientada pela separação da regulamentação entre infra-estruturas e conteúdo.»

Por seu lado, Mário Freitas escreve que «*a convergência, na área das telecomunicações, audiovisual e tecnologias de informação, tem vindo a desafiar os modelos existentes de regulação, nomeadamente porque assenta num novo modelo de interacção entre as pessoas e o mundo envolvente. O novo paradigma implica um olhar novo para o que e porquê se regula, como se regula e quem regula. Para tanto, não se pode continuar a olhar para o mundo sob a perspectiva de construção dos processos numa relação consequente de causa a efeito, pois que a disrupção desafia, também ela, a construção estratégica da gestão da informação, transformada em conhecimento.*»

Laurent Cohen-Tanugui defende um recurso mais sistemático à regulamentação *a posteriori*, tendo em conta a evolução da concorrência no contexto da economia digital. O autor considera no seu texto que caso não se verifique essa inflexão o fosso entre Europa e EUA tenderá a agravar-se.

Numa leitura muito sistemática e densa dos problemas em presença, George Yarrow debate as questões que considera mais relevantes para uma orientação das políticas públicas sobre o sector das comunicações, com particular destaque para o tema do acesso. O autor dedica especial atenção à

distinção entre produtos/serviços substituíveis e complementares; à influência do poder de mercado; concorrência, estabelecimento de preços e recuperação do investimento em infra-estrutura na União Europeia, como questões económicas subjacentes à regulação do sector das comunicações num ambiente de concorrência.

Numa perspectiva enquadrada também pelo direito do consumo, Pegado Liz considera que *«o ambiente digital tem características específicas que não podem deixar de influir no modo como a informação, que por ele passa, é produzida e difundida. Quando essa informação se não traduz em «correio» mas se dirige a muitos ou a todos, a necessidade da sua regulação não é contestável. Mas os limites e as formas dessa regulação não podem deixar de ter em conta as características próprias do meio digital.»*

Numa leitura complementar aos dados expostos, Francisco Rui Cádima recenseia algumas das atribuições e competências das três entidades de referência da regulamentação e da regulação dos conteúdos do audiovisual nos mercados francês, britânico e norte-americano.

No fecho do dossier, Nuno Cintra Torres considera que o digital, no fundo, *«não alterou o processo de criação e distribuição. A tecnologia é que se modificou. Acrescentou ubiquidade, volume e velocidade. Permite uma utilização mais rentável do espectro radioelétrico. Mas o objectivo é o mesmo: comercializar o Tempo dos receptores, os cidadãos-consumidores. Não faz sentido, nem faria em qualquer circunstância, cometer a uma única entidade a regulação da criação e também o respectivo processo de distribuição. Pelo contrário, deverá haver abertura à criação e difusão mas também mecanismos que protejam os investidores e os autores.»*

Como dizíamos, sobre estes temas não está feita doutrina, bem pelo contrário. E dado que aparenta haver uma certa dessintonia nas grandes opções estratégicas entre diferentes Estados-membros, por

exemplo, importa então que se trabalhe, pelo menos, no sentido da harmonização de políticas consequentes suficientemente abertas, descentradas e «auto-reguladoras», de forma a que as tecnologias, os operadores e os autores não fiquem enredados no espalhamento de uma «mega-rede» jurídica.

Dois artigos neste número levantam questões que se prendem com a entrada na era do digital, relativamente ao binómio música-Internet e também no campo do cinema. Alexandra Figueiredo e Maria João Taborda partem do caso da comunidade musical Napster para sistematizar um conjunto de questões de natureza controversa suscitadas pela distribuição de conteúdos musicais na Net – nomeadamente a estrutura actual e o futuro da indústria discográfica, o copyright – enquadrando-as na dicotomia entre visões utópicas e distópicas sobre as novas tecnologias, em particular a Internet. Giuseppe Richeri – baseando-se nos exemplos dos Estados Unidos e da Europa – interroga-se sobre se estarão reunidas as condições técnicas e económicas para a transição do cinema em película para o cinema digital, centrando-se na análise das vantagens, desvantagens e possíveis formas de apoio a essa transição.

Este número fecha com um artigo de Mário Mesquita acerca dos acontecimentos cerimoniais e da legitimação política, numa análise crítica do cruzamento entre as categorias de «acontecimentos cerimoniais» desenvolvidas por Daniel Dayan e Elihu Katz (conquista, confrontação e coroação) e os tipos de legitimação de Max Weber (carismática, racional-legal e tradicional).

A regulação de conteúdos

Teresa Ribeiro*

Resumo

Face a um contexto de convergência substancialmente distinto daquele que, por longo período, condicionou a intervenção pública, em matéria de conteúdos, e a configuração do correspondente modelo institucional, será necessário debate envolvendo representantes dos diferentes interesses, desde as instâncias de regulação, aos agentes económicos, não esquecendo, naturalmente, os consumidores.

Abstract

The actual context of convergence, which is significantly distinct from the one that, for a long time, has determined public policy with respect to contents, and the shaping of the corresponding institutional set ups, require a debate that engages representatives from different interest groups: regulatory agencies, economic players and, of course, consumers.

A evolução tecnológica recente a que, porventura por razões de simplificação baseadas nas suas características teleológicas, se convencionou designar convergência, tem vindo a suscitar reflexão intensa e debate aprofundado, em especial orientados para os aspectos económicos e regulatórios, estes últimos pelo condicionamento em sentido positivo como negativo que podem constituir para os primeiros.

Se assim tem acontecido em inúmera documentação produzida pela Comissão Europeia e também pelo Conselho da Europa, neste caso com enfoque privilegiado nos direitos humanos, por mor da vocação que lhe é própria, a verdade é que, em Portugal, e sem embargo de intervenções mais ou menos avulsas neste domínio, o futuro das políticas públicas face a acelerada mutação tecnológica, liberalização do mercado das comunicações e consequências para sector de especial sensibilidade como o dos conteúdos não interpelou ainda, em moldes consistentes e convergentes, as diferentes instâncias que, no nosso país, partilham responsabilidades nas áreas de regulação aqui pertinentes.

Perante um novo contexto radicalmente distinto daquele que, por período alargado, condicionou a intervenção pública e a configuração do seu modelo

* Presidente do Instituto da Comunicação Social.

institucional, parece pois legítimo convocar para um debate abrangente os diferentes actores envolvidos, desde as entidades de regulação dos *media*, das comunicações e da concorrência, aos agentes económicos, sem esquecer, bem entendido, os consumidores, na concepção europeia, fundamento essencial da actividade regulatória.

Mas a discussão pública de opções que terão impacto directo em domínio de particular melindre, como o dos *media*, por estar associado a certos valores democráticos e ao exercício de direitos fundamentais, requererá, em primeira linha, identificação judiciosa dos princípios e objectivos que tradicionalmente assistiram à formulação da política de regulação de conteúdos.

A liberdade de expressão, a salvaguarda do pluralismo e da independência dos *media* face ao poder político e económico, a protecção da dignidade humana e de públicos vulneráveis, do consumidor, da criação artística e da diversidade cultural assumem-se, nas sociedades democráticas, núcleo essencial que a intervenção das autoridades públicas em matéria de conteúdos deve observar e proteger.

A sua natureza de direitos fundamentais, nuns casos, de elementos constitutivos ou instrumentais da própria democracia, noutros, é bastante para que se não decreta a sua caducidade, qualquer que seja a evolução tecnológica, económica ou outra.

A observância e prossecução dos princípios e objectivos antes aludidos implicaram a adopção de metodologias diversas, fortemente determinadas por um conjunto de factores, como sejam a escassez do espectro radioelétrico, a tecnologia utilizada pelos diferentes *media*, a sua natureza mais ou menos invasiva, o grau de penetração próprio a cada um deles, a respectiva capacidade de influência, a acessibilidade deles característica, sem esquecer, bem entendido, o crescente peso económico que progressivamente foram conquistando.

A regulação, enquanto conjunto de regras e procedimentos, assumiu-se negativa – quando

pretendeu, por exemplo, inibir a distribuição de certos textos, sons ou imagens – ou positiva, se mais orientada para a promoção e acesso a conteúdos específicos. São vários e diferentes os instrumentos utilizados, podendo identificar-se desde as regras definidas no plano legal, formuladas em moldes abstractos e *ex ante*, aos poderes conferidos ao regulador para intervenção *ex post*, ou à mobilização dos profissionais para a autoregulação.

Pelas características que lhe são próprias, a convergência tecnológica trouxe consigo modificações notáveis, potencialmente subversivas da matriz organizacional do sector dos *media*, assente em cadeias de actividade distintas, com reduzida interacção económica entre si. A rádio, a televisão ou a imprensa achavam-se tradicionalmente associadas a meios próprios de transmissão, claramente diferentes entre si.

A possibilidade de fazer convergir na mesma infraestrutura de transmissão, *media* de diferente natureza, ao mesmo tempo que a digitalização e a compressão de sinal permitem superar as limitações do espectro hertziano, não se circunscreve a induzir transformações substantivas no sector, traduzidas num aumento exponencial dos serviços já existentes, na emergência de serviços em linha, na globalização das plataformas, mas interpela fortemente um quadro regulador organizado em função dos diferentes *media* e da diferente tecnologia de suporte por cada um deles utilizada.

A expansão pletórica de serviços oferecidos, a que corresponde uma crescente fragmentação de públicos, não deixará de ser acompanhada de um declínio da sua penetração e grau de influência, vectores determinantes na formulação das regras que lhes são aplicáveis.

Por outro lado, certos aspectos da convergência, como sejam a interactividade e a natureza global das redes, constituirão desafios estimulantes para o regulador, que não apenas poderá reformular determinados objectivos de interesse público, como

também se verá confrontado à coexistência de tipos diversos de comunicação, uma de massas e outra mais segmentada ou capilarizada, requerendo, por isso, abordagens distintas.

Se a convergência revolucionou a oferta de serviços no domínio da comunicação, não são menos significativos os seus efeitos ao nível do mercado. Em particular a emergência de uma nova cadeia de valores e o deslocamento do eixo estratégico das infraestruturas para os conteúdos, induzidos pelo digital, exerceram forte impacto no mercado da comunicação, reflectido, por exemplo, na consumação de operações de aquisição e fusão envolvendo empresas de telecomunicações e de conteúdos, de que Portugal também foi e é palco recente.

A mudança progressivamente introduzida pela convergência tenderá a produzir consequências de vulto na intervenção reguladora das autoridades públicas, já que poderá, designadamente, apelar a maior coordenação entre as políticas do sector das telecomunicações e dos media, reforço dos mecanismos de protecção da concorrência, sem ignorar que a multiplicação de serviços provocará previsível fragilização dos sistemas de fiscalização tradicionais e, em resultado, eventual necessidade de conferir desempenho mais performativo à autoregulação.

Se a tecnologia digital coloca interrogações acrescidas à operacionalidade dos modelos de regulação actualmente vigentes, acompanhadas de juízo quanto à sua obsolescência e desadequação, é certo que a reflexão em curso na União Europeia, ou em certos contextos estritamente nacionais, tem sido rodeada de extrema prudência e orientada pela separação da regulamentação entre infraestruturas e conteúdos – atenta à natureza específica dos objectivos a prosseguir num e outro caso – e por abordagem consonante com o princípio da neutralidade tecnológica.

A necessidade de salvaguardar direitos e interesses fundamentais, na observância de

princípios decisivos como os da proporcionalidade, transparência e previsibilidade, terá que constituir preocupação primeira na reflexão e debate que reequacionem a eventual reformulação de regras e procedimentos e, bem ainda, da configuração e distribuição das competências tradicionalmente cometidas às entidades reguladoras nacionais.

Para além do telefone, da televisão e do computador

Mário Freitas*

Resumo

A convergência, na área das telecomunicações, audiovisual e tecnologias de informação, tem vindo a desafiar os modelos existentes de regulação, nomeadamente porque assenta num novo modelo de interacção entre as pessoas e o mundo envolvente. O novo paradigma implica um olhar novo para o que e porquê se regula, como se regula e quem regula. Para tanto, não se pode continuar a olhar para o mundo sob a perspectiva de construção dos processos numa relação consequente de causa a efeito, pois que a disrupção desafia, também ela, a construção estratégica da gestão da informação, transformada em conhecimento.

Abstract

Telecommunications, Multimedia and I.T's, has challenging the present regulation model, namely because it is based in a new way of interaction between people and its environment. The new paradigm implies a new look for the what, why, how and who should be regulated. With this purpose in mind, one cannot look to the world in the perspective of the classical model presided by the consequent process of cause/effect, since description defies the present strategic construction of information management, that becomes knowledge.

* Director de Convergência e Desenvolvimento do ICP.

Entendemos que, no momento em que se dão passos largos no âmbito da Convergência, se justifica uma reflexão, tendo em vista alguns objectivos de ordem económica e política. Destacamos três grandes níveis de objectivos que se podem aplicar ao emergente mercado de comunicações:

- Fornecer ao consumidor o melhor serviço em termos de qualidade, escolha e preço
- Assegurar o máximo benefício económico para Portugal
- Proporcionar a coesão social e promover o bem estar dos cidadãos

Adicionalmente, poderíamos referir os seguintes objectivos complementares:

- Regular de forma previsível e consistente – mas apenas onde for necessário
- Dinamizar a concorrência
- Viabilizar uma concorrência eficaz
- Promover a defesa do consumidor
- Compatibilizar os desenvolvimentos nacionais com os progressos europeus e internacionais

Os tópicos referidos são complexos e as soluções são importantes, pois irão determinar o

padrão futuro da nossa sociedade. Embora o enquadramento regulamentar e estrutural seja importante, ter uma visão prospectiva é um pré-requisito fundamental.

Definição de Convergência

Um das situações principais que iremos enfrentar é o impacto da convergência nas políticas actuais e futuras. Para tanto, há que dar-lhe um enquadramento conceptual. Convergência é um termo aplicado, de uma forma generalizada, à separação cada vez mais ténue entre telecomunicações, radiodifusão e tecnologias da informação, incluindo-se nesse conceito a convergência entre redes, nomeadamente entre telefones fixos e móveis. Contudo, o termo convergência pode confundir mais do que esclarecer. Ao longo destas considerações adoptaremos uma definição que se aproxima da concepção apresentada no Livro Verde de Convergência da UE (*Towards an Information Society Approach* – Dezembro de 1997), ou seja entende-se a convergência como:

- A capacidade de diferentes plataformas de rede servirem de suporte a tipos de serviços semelhantes e a consequente aglutinação de equipamentos, tais como o telefone, a televisão e o computador pessoal.

Contudo, a convergência não é apenas tecnológica. Tal como o Livro Verde da UE esclarece, ela incide sobre as novas formas de negócios e de interacção com a sociedade. O surgimento de novos serviços e o desenvolvimento dos serviços já existentes contribuirá certamente para o crescimento do mercado de informação, em geral, oferecendo novas alternativas ao consumidor. As tecnologias convergentes disponibilizam um vasto leque de novos serviços, directamente nas

casas, locais de trabalho, escolas, universidades, bibliotecas e hospitais. Tais serviços – alguns dos quais já disponíveis – cobrem áreas tão distintas como os negócios *online*, o ensino à distância, as compras e contactos com o banco, a televisão a pedido (*video on demand*) e os jogos interactivos, passando pelas consultas médicas à distância e pelo teletrabalho.

É difícil prever qual o impacto da introdução de novas tecnologias. Será o consumidor a avaliá-lo. Mesmo nos casos em que os avanços da tecnologia sejam um sucesso, não é possível prever quando tal se verificará. Contudo, é claro, desde já, que a convergência poderá potencialmente ter efeitos tão negativos como positivos, o que reforça a necessidade de uma resposta de política global.

Dada a dificuldade de prever com precisão a natureza exacta e o ritmo de desenvolvimento das comunicações digitais, pensamos que a concentração na tecnologia ou num conjunto nuclear de serviços deverá ser evitada, pelo que deverá estar condicionada às forças de mercado.

A fim de compreender as situações que são criadas pela convergência, poderá ser útil identificar a forma como estão a decorrer as mudanças, analisando as características dos sectores tradicionais de radiodifusão, telecomunicações e tecnologias de informação (TI) e o impacto que a convergência produz nesses sectores.

Sistema de Radiodifusão

O principal ónus dos sistemas de radiodifusão tradicionais reside no facto de se basearem em capacidade de rede e espectro limitadas, suportando apenas um reduzido número de canais.

O conceito de emissão de radiodifusão difere do conceito de telecomunicações convencional, na medida em que aquele envolve a emissão de um sinal para recepção simultânea por diversos utilizadores (“ponto-multiponto”), não

necessariamente em directo, enquanto este, no caso de telefonia vocal, envolve comunicações bidireccionais endereçadas, em directo (“ponto-a-ponto”).

Sistemas de Telecomunicações Tradicionais

A infra-estrutura de distribuição foi inicialmente considerada como um monopólio natural. Permitia uma largura de banda limitada e um controlo centralizado das comunicações. Assim, inicialmente, foi concedida uma maior atenção aos serviços básicos de telefonia vocal e de comunicação bidireccional.

A indústria de telecomunicações tem registado recentemente avanços significativos, e nomeadamente uma importante diversificação de infra-estruturas, como por exemplo a expansão de redes alternativas por operadores de comunicações por cabo, e por empresas de electricidade, água e gás. Tal significa o fim dos monopólios naturais.

Cada vez mais as redes são utilizadas com suporte a serviços de imagem, de dados e do tipo de radiodifusão.

Tecnologias de Informação (TI)

A indústria de TI tem-se desenvolvido com base em equipamentos individuais (ou agregados de diferentes equipamentos – por exemplo, o PC, a impressora, o fax). Alternativamente, o equipamento tem sido introduzido em relativamente pequenas redes geridas localmente. Embora tenha havido possibilidade de escolha de sistemas, tem havido também uma permanente falta de interoperacionalidade entre tecnologias e aplicações, nomeadamente a incompatibilidade entre protocolos proprietários tradicionais.

Convergência

O impacto dos avanços tecnológicos em convergência tende a mudar estas características.

Nova Radiodifusão

O futuro próximo traz-nos a perspectiva de 200 ou mais canais via satélite e por cabo, e 20 ou mais canais por via terrestre, cobrindo um número significativo de lares e a maior parte das empresas. Além disso, a introdução de sistemas centralizados de controlo em sistemas de radiodifusão, através de Sistemas de Acesso Condicionado, contidos nas *set-top boxes*, ligadas às televisões, que podem restringir a recepção de um determinado programa ou canal, até que uma determinada condição seja satisfeita – usualmente mediante o pagamento de uma subscrição pelo espectador.

A introdução da *pay TV*, em que um cliente decide subscrever individualmente determinados canais ou mesmo determinados programas, veio aproximar mais, em termos de conceito, a radiodifusão às telecomunicações, na medida em que o papel do espectador deixa de ser passivo. Esta tendência será ainda mais acentuada com a introdução de serviços de radiodifusão verdadeiramente interactivos, que possibilitarão a utilização simultânea de vias de retorno de comunicação e dos serviços de radiodifusão convencionais.

Mais canais exigirão novos métodos de “navegação”, através de Guias de Programação Electrónicos, conhecidos como EPGs (*Electronic Programme Guides*). Estes são apresentados em forma de “menu” e utilizados pelos espectadores para seleccionar o que pretendem, a partir da gama de programas disponíveis, bem como para encomendar e pagar conteúdos e serviços.

Novas Telecomunicações

As novas tecnologias de compressão e aumentos de largura de banda implicam que as redes possam ser usadas para prestar serviços interactivos e de radiodifusão de alto débito, sem restrições significativas de capacidade. Tais desenvolvimentos conduzirão a uma cada vez maior diversidade de redes, que servirão de suporte aos serviços que requeiram elevadas largura de banda (por exemplo: acesso fixo de rádio, redes de rádio móveis/UMTS, cabo, xDSL sobre cobre, etc.). (O Quadro 1 ver p. 23 especifica as tecnologias disponíveis para a oferta de aplicações de radiodifusão e interactivas).

Novas Tecnologias de Informação (TI)

As novas TI caminham no sentido de uma cada vez maior integração em redes globais, normas comuns (por exemplo, o *Internet Protocol*, a linguagem de programação Java) e funções de controlo centralizadas (interligação Internet/Intranet, encontro de sistemas de endereçamento). Além disso, o uso de *browsers* (por exemplo, Netscape e Microsoft Internet Explorer) e de instrumentos de pesquisa (Yahoo, Altavista, Lycos, etc.) tornar-se-á cada vez mais importante. Os monitores de PC assemelhar-se-ão cada vez mais a televisores, tanto no aspecto como no conteúdo, e os televisores irão parecer-se cada vez mais com écrans de PC na sua verdadeira utilização como navegadores – podendo dar acesso ao “conteúdo” do PC, nomeadamente à Internet.

Um exemplo – a Internet

A Internet é um bom exemplo de convergência, uma vez que ilustra algumas das dificuldades que a convergência representa. Actualmente, os progressos do *software* permitem que a telefonia e a radiodifusão juntamente com uma gama de outros

serviços interactivos, sejam fornecidos a um ou mais monitores/terminais nos lares ou empresas.

A Internet é, por isso, um meio (ou conjunto de meios) privilegiado para o fornecimento de serviços convergentes. Isso levanta algumas questões, por exemplo, como serão atribuídas as licenças para estes serviços ou mesmo se serão necessárias, ou como lidar com a regulamentação emanada de outros países. A forma e a natureza da distribuição, por um lado, e o divórcio entre a prestação de conteúdo e a prestação da via de transmissão em si mesma, por outro, torna difícil determinar quem controla o conteúdo e a transmissão, ou quem é responsável, caso algo corra mal, ou em caso de violação das regras estabelecidas.

Alguns exemplos específicos de questões que a Internet já está a levantar (nem todas requerem necessariamente “tratamento”), permitem um olhar sobre as prováveis complexidades dos mercados digitais e possíveis implicações regulamentares.

A Internet permite que imagens em movimento possam ser recebidas, simultaneamente, em mais de uma habitação, enviadas através da rede fixa de Operadores Públicos de Telefone a utilizadores de PCs. Contudo, os operadores de rede não sabem quando ou onde ocorrem estas infracções.

O serviço supra referido pode também ser um serviço que, em teoria, requeira uma licença de transmissão. Contudo, é provável que o conteúdo tenha origem num país estrangeiro, ou que a transmissão tenha passado através de um país estrangeiro.

De acordo com a regulamentação de telecomunicações existente, é necessário uma autorização para prestação de serviços bidireccionais. Hoje em dia, a tecnologia usada para possibilitar voz na Internet levanta também questões regulamentares e de enquadramento. À medida que a tecnologia avança, esta distinção torna-se cada vez menos visível. A um nível mais geral, a regulamentação de serviços prestados através de uma rede de telefonia, tem sido conseguida através

da regulamentação dos operadores de rede, ou daqueles a quem foi concedido acesso a reduzido espectro. Quem controla serviços na Internet não é necessariamente incluído (e muitas vezes não o é) numa destas duas categorias. Por exemplo, a voz pode ser enviada através da Internet por meio de instalação de *software* no computador do cliente, em oposição a um serviço tradicionalmente prestado ao cliente por um operador de telecomunicações. Como resultado, os operadores que exploram a rede de telecomunicações de suporte à Internet, cada vez mais vão desconhecer para que serviços as suas redes estão a ser utilizados por um número cada vez maior de utilizadores, sem o seu conhecimento e em violação dos termos e condições estabelecidas nas suas licenças ou regulamentação.

A Internet requer a interligação de muitas redes diferentes para poder funcionar eficazmente. O surgimento de muitos grandes operadores de rede de transporte da Internet tornou possível a tentativa de controlo do mercado, mediante a recusa de interligação (acordos de *peering*) com operadores mais pequenos, em condições justas e razoáveis. As normas reguladoras que suportam a interligação tradicional, não estão preparadas para lidar com este problema (podendo, no entanto, não ser necessárias, se a lei da concorrência for eficaz).

Para a Internet operar, deve ser utilizado o mesmo sistema de endereçamento de mensagens, por todos os operadores de rede e de serviços, e nenhum endereço pode ser duplicado. Os tratados internacionais que suportam este mesmo aspecto nas redes telefónicas estão ausentes da Internet e, embora existam mecanismos de atribuição de endereços, subsistem problemas relacionados com a natureza da "propriedade" dos endereços e sobre direitos de distribuição de novos endereços.

A convergência está pois na agenda dos Reguladores. É hoje claro que, os sistemas de comunicações serão uma componente vital, no futuro, na distribuição, nomeadamente, de serviços digitais de banda larga.

Do ponto de vista de regulamentação, os serviços convergentes, tais como os que são obtidos através da Internet e de *set-top boxes* interactivas (que permitem a recepção de imagens e dados numa parte do ecrã, enquanto simultaneamente se tem acesso a serviços interactivos, como o *home banking*) ultrapassam as diferentes fronteiras regulamentares e de mercados, actualmente existentes. Alguns dos intervenientes no mercado, tais como as empresas por cabo, desenvolvem actividade tanto no sector de telefonia, como no de televisão, daí decorrendo sobreposições regulamentares que têm tendência a aumentar. A fim de resolver quaisquer dificuldades que esta situação venha a causar, terá que se decidir que objectivos de política se pretende atingir e em que medida a regulamentação pode beneficiar ou prejudicar o cumprimento destes objectivos.

Objectivos de política

Em resposta à pergunta "O que é que Portugal pretende alcançar?", sugerimos os seguintes três importantes níveis de objectivos:

- Fornecer ao consumidor o melhor serviço em termos de qualidade, escolha e preço

Este objectivo abrangente garante que a política se concentre, acima de tudo, nos consumidores e nos cidadãos. Requer um enquadramento de política estratégica que permita a todos os consumidores um bom acesso aos serviços de que necessitam, com a qualidade esperada e a preços razoáveis e compatíveis.

- Assegurar o máximo benefício económico para Portugal.

Um sector de comunicações digitais florescente, no qual o investimento e a inovação sejam

encorajados e incentivados, constituirá um motor para criação de trabalho e prosperidade económica para Portugal no século XXI. Haverá benefícios para os países que avancem mais rapidamente, num mercado cada vez mais global. A infra-estrutura e os serviços das comunicações modernas aumentarão a eficiência da indústria, acelerarão o ritmo de inovação e darão um significativo contributo para o PNB. A utilização de redes interactivas de alto débito constituirá um incentivo para o desenvolvimento de oportunidades de educação e aprendizagem, e ajudará a conseguir as capacidades necessárias para as actividades profissionais do futuro.

- Proporcionar a coesão social e promover o bem estar dos cidadãos.

Em qualquer sociedade uma rede de comunicações eficaz é um pré-requisito para a coesão social. À medida que a informação e os serviços são cada vez mais prestados, às empresas e lares, pela rede digital, será importante assegurar que todos possam beneficiar e participar. Alguns serviços de informação fornecidos electronicamente têm tendência para se tornar tão importantes que todos os cidadãos deveriam poder ter acesso a eles, independentemente de quem os fornece. Poderão ser necessárias medidas de salvaguarda, que assegurem que os valores do pluralismo democrático sejam conservados. Se for assegurado o acesso universal, o fornecimento digital de muitos serviços públicos poderá ser o melhor possível, pelo preço mais atractivo.

Para além destes objectivos estratégicos, conforme sugerido, existem ainda os seguintes objectivos complementares:

- Regular de forma previsível e consistente – mas apenas onde for necessário

Uma vez que o desenvolvimento de novos serviços dependerá do mercado, será necessário um

regime regulamentar estável e previsível que estimule a confiança dos investidores e permita o florescimento de infra-estruturas e serviços. A regulamentação deverá também ser consistente e coerente. Considerando que o crescimento do mercado será principalmente financiado pelo sector privado, deverão ser aplicadas regras especiais apenas onde necessário, a fim de encorajar a inovação e o crescimento. Pensa-se que uma nova Lei da Concorrência trará um enquadramento geral de apoio.

- Dinamizar a Concorrência

A experiência tem demonstrado que a concorrência, tanto em infra-estruturas como em serviços, tem sido a forma mais eficaz de atingir objectivos de política geral em telecomunicações. A mesma abordagem da política e princípios de concorrência pode aplicar-se ao mercado emergente de comunicações. A concorrência poderá ser o melhor meio de estimular a inovação, melhorar a qualidade, aumentar a possibilidade de escolha e tornar os preços mais baixos para os consumidores.

- Viabilizar uma Concorrência Eficaz

O sector das redes de comunicações tem certas características que, no seu conjunto, pode originar que certos operadores estejam em posição de exercer um controlo do mercado por estrangulamento. Tal controlo pode impedir a concorrência eficaz, caso não sejam criadas normas especiais e uma cuidadosa fiscalização do mercado, tendo em conta a especificidade do sector.

- Promover a Defesa do Consumidor

Mesmo com uma concorrência eficaz, as forças de mercado poderão não conseguir prestar todos os serviços pretendidos e necessários a todos os cidadãos. Poderá ser negado esse acesso a

peçoas, a quem a prestação de serviços implica elevados custos, ou que tenham baixos rendimentos, ou que enfrentem outras barreiras (por exemplo, uma incapacidade), a não ser que sejam tomadas medidas especiais. Medidas especiais poderão ser também necessárias para proteger a privacidade do consumidor, prevenir a exploração do cliente por operadores dominantes do mercado, assegurar que a pluralidade e diversidade do conteúdo é mantida e defender níveis desejáveis de gosto e decência.

- Compatibilizar os Desenvolvimentos Nacionais com os Progressos Europeus e Internacionais.

Num mundo em que o fornecimento de serviços, cada vez mais, atravessa as fronteiras nacionais, será essencial que a abordagem feita por Portugal à regulamentação seja compatível com a de iniciativa Europeia e com o enquadramento internacional em desenvolvimento.

Factores que poderão afectar Portugal na tentativa de alcançar os seus objectivos de política

Factores de Concorrência

Tal como no caso da concorrência tecnológica, cada vez mais surgem empresas que adoptam estratégias convergentes, também dentro de mercados tradicionalmente separados. O Livro Verde da União Europeia identifica uma cadeia emergente de valores, que citamos apenas a título ilustrativo:

- Criação de conteúdos (oferta do conteúdo)
- Pacote de conteúdos e serviços
- Prestação de serviços (plataforma e interligação)
- Oferta de infra-estruturas (fornecimento)
- Oferta/venda de terminais (controlo de acesso)
- Consumidores/espectadores

Não é claro onde se irão posicionar os benefícios económicos na cadeia de valores: se nos detentores dos direitos, se nos que fazem os pacotes de conteúdo, se nos distribuidores, ou se na combinação de todos eles. É provável que um efeito de convergência seja o de os operadores procurarem, cada vez mais, alargar ou consolidar as suas posições na cadeia de valores, quer através de fusões horizontais entre empresas que operam na mesma parte da cadeia de valores, quer através de integrações verticais, envolvendo empresas em diferentes partes da cadeia de valores, devido a custos significativos associados ao lançamento de serviços digitais. Fusões e associações não criam automaticamente preocupações de concorrência e podem ajudar a desenvolver, em todo o seu potencial, o novo mercado de comunicações. Contudo, à medida que os mercados e empresas convergem, aumenta o potencial que impulsiona a força de mercado em direcção a novos mercados, bem como comportamentos anti-concorrenciais que ultrapassam as fronteiras sectoriais e regulamentares existentes.

Controlo de acesso

A integração vertical e a tecnologia usada no mercado de comunicações aumentam o potencial para que, em determinadas partes do processo possam haver estrangulamentos e, consequentemente, surgirem empresas que controlem o acesso ao mercado. As estruturas apropriadas deverão estar alerta, para que possam impedir potenciais abusos de poder, a todos os níveis, na prestação de serviços aos consumidores. O controlo por estrangulamento pode surgir de várias formas, não só através do sistema de prestação ou do conteúdo. Podem surgir problemas desde a venda inicial de direitos à transmissão de conteúdo, até questões referentes ao acesso a informação sobre serviços, por meio de Guias de Programação Electrónicos. Motivo de

particular preocupação poderá ser o controlo de acesso ao consumidor. O aumento da capacidade de radiodifusão digital, particularmente via satélite ou cabo, reduz as barreiras à admissão de novas entradas no mercado. Contudo, tal como com as telecomunicações, a maior parte do poder na era da radiodifusão por canais múltiplos, pertencerá a quem prestar o serviço final ao consumidor. Um controlador da “recta final” poderá tentar explorar esse controlo sobre os produtores de conteúdo ou prestadores de serviços, ou sobre ambos, ditando as condições sob as quais o conteúdo é disponibilizado, com a ameaça implícita de recusa da passagem desse mesmo conteúdo aos utilizadores.

Será importante garantir que não há abuso de tal poder, a fim de proteger a escolha do consumidor, a concorrência, a pluralidade e a diversidade. A regulamentação existe para lidar com algumas destas questões, embora não com todas elas.

Normalização

Outro importante factor que poderá ser considerado e que afecta a aceitação de nova tecnologia, é a questão da compatibilidade e interoperacionalidade das redes e equipamentos do utilizador. A normalização pode facilitar a convergência permitindo que seja aplicada uma tecnologia comum a uma variedade de aplicações. Isto conduz a economias de escala que, por sua vez, beneficiam tanto a indústria como os consumidores. As normas são cada vez mais globais e não nacionais ou regionais, em parte porque a tecnologia permite a disponibilidade global de alguns serviços (por exemplo, transmissão por satélite) onde uma norma regional ocultaria a natureza da própria tecnologia.

As redes para telecomunicações fixas, telecomunicações móveis e radiodifusão, por razões históricas, têm evoluído em diferentes sentidos com base nas tecnologias existentes nas diferentes

épocas. Com a convergência destas três áreas, é essencial que todas as partes estejam mais envolvidas na normalização, do que num processo individual em que cada um defende os seus interesses ou propõe um sistema que as outras partes não possam adoptar com facilidade e prontidão. Desta forma, sectores específicos da indústria não deveriam poder dominar qualquer processo de produção de normas. A convergência deveria também conduzir a um tratamento comum com vista à aprovação e implementação de normas, com penalizações consistentes, punindo a utilização de equipamentos não aprovados, que pudesse afectar negativamente a integridade das redes ou serviços fornecidos a terceiros.

Em resumo, o objectivo da normalização deve consistir em facilitar a convergência, sempre que possível, assegurando a compatibilidade e interoperacionalidade entre sistemas, mas permitindo flexibilidade na forma como estes sistemas são desdobrados.

Atribuição de espectro

A convergência, quer entre serviços fixos e móveis ou entre radiodifusão e telecomunicações, irá alterar fundamentalmente a forma como o espectro é usado para prestar estes serviços. Tradicionalmente, o espectro tem sido rigorosamente demarcado internacionalmente entre utilizações fixas, móveis e de radiodifusão, permitindo uma flexibilidade limitada perante as solicitações do mercado em mudança. Em cada categoria de serviços, a disponibilidade limitada de espectro foi (e ainda é) usada para justificar a limitação do número de operadores concorrentes, especialmente nas áreas móveis e de radiodifusão.

Em vez de atribuir/reservar uma determinada faixa de espectro exclusivamente para a prestação de comunicações móveis ou de radiodifusão, o operador seria autorizado a usar o espectro para os

serviços que entendesse. Novos serviços irão aumentar a procura de espectro. Os Governos terão um papel chave no sentido de tornar mais flexível o equilíbrio existente entre telecomunicações, radiodifusão e utilização pública/comercial. As frequências são um recurso essencial mas limitado, mesmo na era digital. O custo e a quantidade de espectro disponível pode ter um importante impacto nos canais actuais e futuros, em que um operador que oferece serviços multimédia ou *on line*, utiliza espectro obtido gratuitamente ou a baixo preço, e compete directamente com operadores do sector de telecomunicações que pagaram um preço que reflecte o valor comercial do recurso atribuído.

A convergência cada vez mais vai esbater a distinção entre os sectores tradicionais fixos, móveis e de radiodifusão. Isto levanta a questão: deve existir uma demarcação tão rígida entre os serviços em termos de atribuição de espectro? Por exemplo, deve um operador móvel, tendo pago um preço pelo espectro, ser impedido de o usar para prestação de serviços fixos ou mesmo de radiodifusão, se assim o entender? Da mesma forma, deverá um operador de radiodifusão ser impedido de prestar serviços de telecomunicações? Na verdade, o espectro de banda larga acima mencionado é susceptível de ser utilizado para serviços multimédia interactivos que, tal como a Internet, contém elementos de ambos os sectores.

Há, é claro, considerações tecnológicas – em grande medida, a demarcação internacional entre serviços reflecte a necessidade de assegurar que coexistam sem interferências. Contudo, tal poderia ser abordado ao nível das normas, assegurando que tecnologias compatíveis sejam desdobradas, em vez de impor restrições ao nível da prestação dos serviços.

Radiodifusão de Serviço Público

Apesar das presentes considerações não se centrarem na radiodifusão, como parte da política de debate mais alargado terá de se considerar o efeito da convergência na forma como os objectivos de política de difusão de serviço público são delineados. Por exemplo, a quota de mercado dos Operadores de Radiodifusão de Serviço Público existentes pode diminuir, à medida que os utilizadores disponham de uma maior oferta. O aumento dos preços, em função do licenciamento de frequências para a obtenção de novos canais, pode submeter os operadores de radiodifusão a pressões orçamentais, que podem exceder as capacidades dos mecanismos existentes de obtenção de fundos.

Globalização das Comunicações

Este é um aspecto muito importante, se considerarmos de que forma os objectivos estratégicos de Portugal serão alcançados. Com a liberalização dos sistemas de telecomunicações em todo o mundo e o avanço das tecnologias “sem fronteiras” como a Internet, haverá uma maior necessidade de considerar as questões, tanto no contexto de desenvolvimentos internacionais, como puramente sob uma perspectiva nacional.

Conclusão

Conforme referido, há uma necessidade de identificar quais os desafios do futuro e quais os objectivos que Portugal pretende alcançar no mercado de comunicações. Muitas das questões são complexas, contudo, uma vez acordados e definidos os objectivos de política geral, há uma tabela útil para testar a sua eficácia e o tipo de estruturas regulamentares para conseguir alcançar

esses objectivos. Então, poder-se-á reflectir sobre o tipo de estrutura regulamentar mais adequado a cada uma das situações.

Bibliografia

- ABLETT, Susan, *Commercial strategies for fixed-mobile convergence*, Cambridge, Analysys, 1997.
- NOUROUZI, Alex, *Fixed mobile convergence: service integration and substitution*, London, Ovum, 1999.
- SANTOS, Rogério, *Os Novos Media e o Espaço Público*, Lisboa, Gradiva, 1998.
- STEWART, Cathy, *The European Media Industry: Fragmentation and Convergence in Broadcasting and Publishing*, London, FT, 1994.
- TOWNSEND, David N., *Regulatory Implications of Telecommunications Convergence*, briefing report: ITU regulatory colloquium Nº. 6, Geneva, Switzerland – 11/13 December 1996, Geneva, UIT, 1997.
- WILLIAMS, Nicholas, *Current Trends in World Telecoms*, London, FT, 1997.
- VAHANISSI, Mari, *Fixed and mobile networks: the business opportunity for convergent services*, Malcolm Tott, London: Ovum, 1995.
- 7th World Telecommunication Forum – Technology Summit: *convergence of technologies, services and applications*, Telecom 95, Geneva, 3-11 October 1995, ITU.
- Communications markets in Portugal: blueprints for market entry*, Cambridge, Pyramid Research, 2000.
- Communications Outlook 1997*, OECD – Organisation for Economic Co-Operation and Development, Paris, OCDE, 1997.
- Convergence between communications technologies: case studies from North America and Western Europe*, Paris, OCDE, 1992.
- Deploying Multiservice Networks to Support Convergence*, Multi-Service Networks, London, 1999. 23rd – 24th November 1999, the Park Lane Hotel, London, Institute for International Research, London, IIR, 1999.
- Digital Terrestrial Television in Europe*. Managing editor: John Foley I. – 1st ed. – London, CDG Consultants Ltd., 1998.
- European telecoms 2000: planning for success*, Deloitte Consulting, London, FT, 1999.
- Livre Vert sur La Convergence des Secteurs des Télécommunications, des Médias et des Technologies de l'Information, et les Implications pour la Réglementation*. CE. COMISSÃO. COM(97) 623 final: Bruxelles, le 03.12.1997. Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, 1997.
- Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal*, Missão para a Sociedade da Informação, Ministério da Ciência e Tecnologia, Lisboa, MSI, 1997.
- Perspectives des Communications*, 1997, Organization de Coopération et de Développement Économiques, Paris, OCDE, 1997.
- Telecommunications and broadcasting: convergence or collision?*, Paris, OCDE, 1992.
- The Telecom Outlook Report 1999-2010*, the complete study, International Engineering Consortium, Chicago, IEC, 1999.
- Trends in Telecommunication Reform – convergence and regulation 1999*, ITU, Geneva, UIT, 1999

Quadro 1
Tecnologias existentes para fornecimento de serviços de radiodifusão e interactivos

Tecnologia	Descrição	Aplicações
Fibra	Transmissão em banda larga através de cabos de fibra óptica	Relativamente dispendiosa mas com capacidade virtualmente ilimitada, por essa razão usada predominantemente para circuitos de transmissão partilhada (por exemplo envio de sinais de TV cabo a armários de rua) ou ligações a grandes empresas.
Cabo coaxial	Transmissão de dados em banda larga através de cabos coaxiais de cobre	Utilizados também para o envio de TV cabo multi-canais para lares, podendo fornecer mais de 200 canais de vídeo digital de alta qualidade.
xDSL	Termo colectivo para uma gama de tecnologias de "linha digital de assinante" que possibilitam a transmissão de sinais em banda larga através de linhas telefónicas de cobre existentes para as habitações.	Dependendo da tecnologia, permite enviar um ou mais sinais de vídeo de alta qualidade, através de uma linha telefónica convencional. Adequada para a prestação de <i>video on demand</i> ou para acesso <i>on line</i> de alto débito à Internet ou a outros serviços interactivos.
Modems por cabo	Modems de alto débito que ligam linhas de TV por cabo em banda larga, em vez de linhas telefónicas em banda estreita.	Possibilitam o acesso de alto débito à Internet ou a outros serviços interactivos.
Transmissão nas linha eléctricas	Tecnologia que utiliza a energia eléctrica doméstica para envio de dados de alto débito.	Possibilitará o acesso de alta velocidade à Internet ou a outros serviços interactivos.
Redes de radiodifusão terrestre	Utiliza a rede nacional de transmissores de Frequência Ultra Alta (UHF) para prestar serviços de difusão, directamente às habitações. É necessário uma antena receptora simples, de baixo custo.	Serviços de televisão e rádio analógicos existentes serão difundidos simultaneamente em formato digital dependendo da sua migração completa. A transmissão digital reduzirá o espectro de rádio necessário em mais de 50% e permitirá muitos canais de programação adicionais.
Redes de radiodifusão via satélite	Utiliza transmissões em micro-ondas de satélites geoestacionários, para prestar serviços de radiodifusão analógica ou digital directamente às habitações ou a <i>head ends</i> de TV cabo, para distribuição posterior via cabo. É necessária uma antena parabólica altamente direccionada e um conversor de frequência.	Possibilita capacidades superiores à das redes terrestres (devido à maior disponibilidade de espectro em frequências mais altas). A introdução de serviços digitais irá permitir mais de 200 canais de programação, mais os serviços interactivos de banda larga.
Rádio ponto-multiponto	Utiliza transmissão por micro-ondas em vez de cabo coaxial. Os preços decrescentes desta tecnologia poderão, no futuro, vir a torná-la mais económica do que a distribuição por cabo.	Distribuição de televisão ou serviços interactivos directamente às habitações.
Serviço Telefónico Móvel Universal	O sistema de serviço móvel de 3ª geração possibilitará acesso móvel de alto débito à Internet e a outros serviços interactivos. Lançamento dos serviços em 2002.	Pode ser usado com difusão digital terrestre para possibilitar o acesso a uma vasta gama de serviços de difusão e interactivos.

Que regulação na Europa, para a era da convergência?*

Laurent Cohen-Tanugui**

Resumo

O autor defende um recurso mais sistemático à regulamentação a posteriori, tendo em conta a evolução da concorrência no contexto da economia digital. Caso não se dê essa inflexão, o autor considera que o fosso entre Europa e EUA tenderá a agravar-se.

Abstract

Taking into account the evolution of competition in the context of digital economy, the author maintains that, unless there is a more frequent resort to a posteriori rule-making, the gap between Europe and the USA will tend to increase.

É à Comissão Europeia que se deve o mérito de ter iniciado, em Dezembro de 1997, o debate internacional sobre as implicações regulamentares da convergência digital, através da publicação do seu famoso *Livro Verde sobre a convergência dos sectores das telecomunicações, dos media e das tecnologias de informação*.

Objecto de uma alargada consulta pública na União Europeia durante o ano de 1998, a iniciativa da Comissão consistia em interrogar-se, tendo em vista a materialização crescente sobre o mercado da convergência das redes e dos serviços de comunicação, sobre a oportunidade de uma reforma dos diversos sistemas regulamentares que regem, presentemente, as referidas indústrias.

Actualmente, as regulamentações que regem as indústrias da comunicação na Europa, apresentam duas características fundamentais. A primeira é a sua forte sectorização, isto é, as telecomunicações e o audiovisual são objecto de *corpus* regulamentares distintos, enquanto que a informática e as tecnologias de informação não são objecto de uma regulamentação específica. No contexto francês, a impermeabilidade das regulamentações relativas às telecomunicações e ao audiovisual é fundada sobre a distinção fundamental entre a «correspondência privada» – respeitante às comunicações que

* Publicado originariamente em Réseaux n° 100 – CNET/Hermès Science Publications, Paris, 2000.

** Advogado (Cleary, Gottlieb, Steen et Hamilton – Paris).

circulam nas redes ou através dos serviços postais–, de carácter inviolável, e a «comunicação audiovisual» – veiculada pelos media de massas –, cujo carácter público legitima, na Europa, a regulamentação dos conteúdos.

A segunda característica destes dispositivos regulamentares é a sua relativa complexidade, ligada à complementaridade entre a regulação sectorial, própria de cada indústria e em princípio transitória, e o direito da concorrência, de aplicação geral e permanente. Esta complexidade resulta também da sobreposição dos níveis nacional e comunitário.

O esbatimento das fronteiras sectoriais produzido pela convergência tecnológica, assim como o surgimento de «novos serviços» característicos da economia digital, voltam a colocar em questão estas categorias regulamentares tradicionais. Neste sentido, a Internet insere-se no quadro regulamentar do audiovisual devido a certos conteúdos que veicula enquanto media, e simultaneamente, enquanto rede, no quadro regulamentar das telecomunicações, ainda que não fique explicitamente coberta por qualquer das duas. Além de que, o fundamento de uma tal complexidade regulamentar de um sector em plena transformação e com múltiplas promessas, coloca legítimas interrogações.

O *Livre Vert* publicado por Bruxelas, em Dezembro de 1997, propunha três opções para a adaptação dos regulamentos regendo o audiovisual, as telecomunicações e, em parte, as tecnologias de informação, ao fenómeno da convergência. A primeira consistia na manutenção dos quadros regulamentares sectoriais existentes, contentando-se em os adaptar à medida das necessidades. A segunda opção visava elaborar um regime regulamentar distinto e «flexível» para os novos serviços resultantes da convergência, que coexistiria com as actuais regulamentações sectoriais. A terceira opção, manifestamente preferida pela Comissão, visava a introdução progressiva de uma

problemática regulamentar nova englobando o conjunto da economia digital.

No final do debate e dos pareceres resultantes destas reflexões, consolidou-se um consenso em torno da primeira opção – a simples adaptação das regulamentações existentes –, afastando assim a curto e médio prazo a perspectiva de um *aggiornamento* completo. Esta foi uma das principais conclusões da conferência europeia sobre o audiovisual, ocorrida em Birmingham em Abril de 1998, confirmada depois pelo parecer da Comissão e apoiada em França pelo Conselho de Estado¹.

Esta conclusão justificava-se então por várias ordens de considerações, a primeira das quais devido ao carácter moderado do impacto da convergência sobre o mercado, em termos dos produtos e serviços comercializados em grande escala ou das operações de concentração levadas a bom termo, e respondendo aos objectivos que foram estabelecidos. Mesmo que esta situação tenha depois evoluído bastante, a natureza distinta e muito específica dos domínios e das problemáticas que estruturam presentemente as telecomunicações (abertura à concorrência e internacionalização), o audiovisual (transição para o digital) e as indústrias de informação (fenómeno da Internet) tornam irrealista todo o *melting pot* regulamentar. Por fim, de acordo com a opinião maioritária as regulamentações sectoriais existentes mantêm a sua pertinência e não constituem um obstáculo ao desenvolvimento das indústrias da convergência na Europa. Pelo contrário, um desmantelamento das regulamentações relativas ao audiovisual colocaria em perigo o desenvolvimento de uma indústria europeia de conteúdos cujo carácter estratégico se encontra reforçado pelo aparecimento do digital.

¹ Conseil d'Etat, «L'Internet et les réseaux numériques», *Les Etudes du Conseil d'Etat*, Paris, La Documentation Française, 1998.

Continente e Conteúdo

A adaptação dos dispositivos sectoriais existentes ao novo ambiente digital não é menos urgente, nomeadamente tendo em conta os progressos da convergência entre telecomunicações e a Internet no caso dos telemóveis de terceira geração, e entre a Internet e as indústrias de conteúdo, ilustrada pela fusão AOL/Time Warner anunciada em Janeiro de 2000. A regulamentação audiovisual deverá distinguir no seu seio, aquilo que decorre da regulamentação dos conteúdos e da promoção de uma indústria europeia de programas, daquilo que diz respeito às infraestruturas (de transporte e difusão) e às actividades de serviços ou de comercialização, caso da exploração das plataformas digitais. Para esta segunda categoria, merece discussão a legitimidade de uma regulamentação específica, para além do controlo de abusos de monopólio e outros comportamentos anti-concorrenciais.

Por contraste com a complexidade do quadro regulamentar europeu, a regulação do sector audiovisual limita-se, nos Estados Unidos, ao controlo das concentrações e aos aspectos técnicos. O Governo americano, com efeito, eximiu-se de promover uma indústria nacional de programas, e a Constituição americana (em particular a Primeira Emenda relativa à liberdade de expressão) limita as veleidades da FCC em regulamentar os conteúdos, com excepção todavia dos conteúdos ilícitos. Desde os anos 80, sob a pressão conjugada do Senado e dos operadores, a regulamentação estrutural bastante limitadora das concentrações audiovisuais, foi sendo progressivamente esbatida. A regulação do sector é hoje cada vez mais da esfera do poder judiciário, que lhe aplica as regras do direito comum da concorrência.

No domínio das telecomunicações, a Comissão Europeia encetou o processo de reavaliação das grandes directivas comunitárias da década de 90, que será objecto de consultas públicas no decurso

do ano 2000. Inspirando-se fortemente nas suas análises sobre a convergência, o regulador europeu entendeu promover uma liberalização do regime de infraestruturas de telecomunicações e de serviços que lhe estão associados, fazendo amplamente apelo à auto-regulação e ao direito de concorrência, sob o controlo das autoridades nacionais.

A principal consequência regulamentar da convergência digital e da multifuncionalidade das redes que ela provocou, parece ter sido a substituição da regulação das indústrias de comunicação, da tradicional distinção entre telecomunicações e audiovisual por aquela, mais vasta, entre «continente» – a saber, os diferentes tipos de infraestruturas técnicas de comunicação – e «conteúdo»; ou por outras palavras, entre redes e serviços. Quer forneçam a rádio, a televisão ou os serviços em rede, os primeiros seriam objecto de uma regulamentação transversal, baseada principalmente sobre o direito de concorrência e auto-regulação, enquanto que os conteúdos continuariam a ser objecto de uma regulamentação específica, qualquer que seja o tipo de suporte de transmissão (difusão hertziana, cabo, satélite, Internet). Por outras palavras, é a natureza do serviço e não a da rede de comunicação transmissora, doravante teoricamente substituível, que determinaria o corpo regulamentar aplicável ao serviço em causa. Inversamente, o regime específico das redes deixaria de depender dos conteúdos transmitidos: rádio, televisão, serviços multimedia. Em virtude deste princípio de neutralidade recíproca dos serviços relativamente às suas modalidades técnicas de oferta, e das infraestruturas relativamente aos conteúdos que transmitem, tender-se-á para um regime uniformizado das infraestruturas, assim como para um regime generalista de serviços, em que todos os suportes técnicos se confundem.

Esta nova abordagem regulamentar traz na sua génese a reunião das competências de regulação económica e técnica das redes audiovisuais e de

telecomunicações no seio de uma autoridade única, à semelhança da FCC americana ou da recente autoridade de regulação italiana. A França não lhe é favorável, com receio que uma tal aproximação venha a resultar em benefício dos gigantes de uma nova ordem digital rompendo a fronteira entre a regulação relativamente liberal das infraestruturas de comunicação e aquela outra, mais proteccionista, dos conteúdos audiovisuais nacionais e europeus. A evolução tecnológica elimina todavia a continuação dessas resistências...

Paralelamente, a transformação da Internet em rede acessível ao grande público e em media planetário, e as múltiplas implicações económicas e sociais dessa «publicização», conduziram as instâncias normativas às escalas nacional e internacional a apoderar-se da rede das redes, inicialmente considerada como um espaço quase privado. Se o projecto de uma regulação pública específica da Internet está afastado, devido à essência liberal do fenómeno como do seu carácter transnacional e proteiforme, a percepção da rede como uma zona de não-direito é, também ela, cada vez menos pertinente: a economia online será, pelo contrário, cada vez mais regulada pelo conjunto de *corpus* normativos de direito comum que ela encontrar no seu desenvolvimento, assim como pelos textos específicos do comércio electrónico e da economia digital já em preparação às escalas europeia e nacional.

Política da Concorrência e Economia Digital

Antes mesmo da necessidade de uma regulação específica sobre si própria, a convergência resultante das tecnologias digitais e da generalização da norma IP exige uma certa recomposição da regulamentação existente que rege as indústrias da comunicação. Mas, a regulação da convergência não é menos prioritária: actualmente, os verdadeiros reguladores da convergência não

são senão as autoridades guardiãs da concorrência, e isto por vários motivos. Num contexto geral de liberalização dos mercados e inovação tecnológica, as regulamentações sectoriais estão fortemente inspiradas pelas categorias do direito da concorrência: garantia de acesso às «infra-estruturas básicas» caso das redes das telecomunicações, assimetria de obrigações destinadas a compensar as posições dominantes dos operadores históricos, etc. A sua vocação, de resto, de se extinguir progressivamente em benefício do direito da concorrência, logo que as estruturas monopolistas ou oligopolistas dos respectivos mercados desapareçam. Por outro lado, estando cada regulamentação, por definição, limitada a um sector, o direito da concorrência é o único a poder apreender as implicações «transversais» ou intersectoriais da convergência, nomeadamente os fenómenos de concentração horizontal ou de integração vertical no seio das indústrias digitais. Em suma, à escala europeia, nenhuma política sectorial pode rivalizar em legitimidade e em substância normativa com a da concorrência, esta última reina sem real contrapeso.

O direito da concorrência tende assim a tornar-se uma espécie de «novo modelo universal» da regulação, particularmente pertinente numa economia digital fortemente concentrada e rica em dispositivos de exclusividade de todos os géneros, onde as garantias de abertura, de acesso, de interconexão e de interoperabilidade se revestem de uma importância estratégica essencial. As autoridades da concorrência, designadamente a Comissão Europeia, tornaram-se actores incontornáveis na nova ordem digital graças ao considerável poder de interdição, de revisão e de sanção que detêm sobre as operações de alianças e concentração e os comportamentos comerciais julgados anti-concorrenciais. Bruxelas não hesitou também em travar o lançamento da televisão digital na Alemanha, devido ao perigo que, aos seus olhos,

representa a concorrência da aliança entre a Deutsche Telekom, Bertelsmann e Kirch, em posição dominante sobre vários mercados considerados importantes.

Geralmente assumido como um instrumento privilegiado, senão exclusivo, de uma regulação genuinamente liberal, o direito da concorrência não é, todavia, isento de arbitrariedade quando aplicado ao desenvolvimento da economia digital. A legitimidade do direito da concorrência assenta especialmente sobre uma delimitação rigorosa dos mercados «pertinentes» – em termos de produtos ou serviços e em termos geográficos – que são afectados por um dada operação ou comportamento. Ora, a convergência digital tende a eliminar as fronteiras entre mercados e a alimentar um discurso vago e globalizante sobre as indústrias da comunicação, tanto do lado dos reguladores como das administrações das próprias empresas. Estes fenómenos associados à rapidez da inovação tecnológica, à complexidade técnica do sector, à dinâmica da concentração que o anima, assim como ao fascínio geral exercido pelas novas tecnologias, podem conduzir as autoridades da concorrência em direcção a amálgamas, a aproximações, induzindo em erros de análise. Deste modo, a convergência tecnológica e o próprio conceito de economia digital não devem eles próprios conduzir à construção de um qualquer «mercado da convergência» fundado com base, por exemplo, na agregação de subscritores dos diferentes tipos de serviços oferecidos pelas empresas pertencentes ao mesmo grupo, mas que não teriam qualquer realidade económica. Mais precisamente, as operações de integração vertical permitindo aos grupos de comunicação posicionar-se em diferentes segmentos da economia digital (telecomunicações, audiovisual, Internet) não deveriam ser *a priori* criticáveis, desde que essas actividades sejam totalmente distintas, que as sinergias que possam existir entre elas nem sempre se verifiquem, e que o operador integrado verticalmente tenha posições

relativamente marginais em vários dos mercados envolvidos.

Por outro lado, a rapidez dos desenvolvimentos tecnológicos e comerciais da economia digital apela a um dinamismo equivalente das definições de mercado decretadas pelas autoridades da concorrência. Assim, em termos geográficos, os industriais da comunicação consideram geralmente operar sobre um mercado de dimensão europeia, senão mundial, sobre o qual eles estão em concorrência com os seus homólogos europeus, mas sobretudo com os grandes grupos norte-americanos. Esta posição apoia-se sobre realidades tanto financeiras – a necessidade de amortizar os custos gigantescos do digital sobre uma audiência de dimensão continental – como comerciais – através da concorrência a que se dedicam os grandes operadores na maioria dos mercados nacionais. Não sem razão, a Comissão Europeia acolhe, frequentemente, uma definição nacional e regional do mercado geográfico pertinente, com base nas diferenças linguísticas e culturais existentes ao nível da procura em matéria de televisão, assim como das diferenças regulamentares e comerciais existentes ao nível da oferta. Ainda sobre este tema, a internacionalização do sector deveria levar progressivamente a Comissão a alargar a definição do mercado geográfico pertinente para a dimensão europeia.

Por último, o lugar preponderante conquistado pelo direito de concorrência como regulador da economia digital contém em si um desequilíbrio entre os objectivos que este direito é suposto servir e outros objectivos de política pública, como a promoção de uma indústria europeia ou nacional de conteúdos. Esta política, que suportou várias décadas a ajuda fornecida pela maior parte dos países europeus à sua indústria cinematográfica, contribuiu para tornar o sector audiovisual uma economia fortemente subsidiada. Mais ainda do que as quotas de difusão das obras nacionais ou europeias, as obrigações em matéria de

financiamento do cinema aplicadas às cadeias de televisão, nomeadamente as de acesso pago, distorceram o jogo de mercado. Ora, as regras da concorrência só conservarão a sua pertinência num tal quadro jurídico-económico caso tenham em conta os objectivos distintos da política pública e as distorções que estes provocam nos mecanismos de mercado. As legislações sobre a concorrência dos principais países industrializados permitem formalmente ter em conta esses aspectos, desde que as distorções de concorrência induzidas pela regulamentação actual apresentem «virtudes redentoras», isto é, produzam efeitos benéficos de interesse geral². Na prática, todavia, as restrições impostas pelo direito na aplicação destas disposições exoneratórias, privam-nas frequentemente de todo o seu alcance potencial, deixando ao leme o direito da concorrência *stricto sensu*.

Decididamente, o principal papel que as autoridades da concorrência têm como vocação desempenhar em matéria de regulação da economia digital, exige – para além do necessário reforço dos seus especialistas, dos seus recursos internos e do rigor dos seus métodos – ter em conta a pressão concorrencial que a inovação tecnológica e o dinamismo dos mercados exercem permanentemente sobre as referidas indústrias. A Europa deve ainda fazer constar no primeiro plano das suas preocupações o desequilíbrio transatlântico que estrutura a economia digital e a emergência da sociedade de informação, tendo por consequência a necessidade de deixar prosperar os actores europeus de envergadura mundial, tanto nas indústrias de infra-estruturas como nas de conteúdos. A conjugação destes dois factores deveria sem dúvida levar as autoridades europeias da concorrência a recorrer mais ao controlo

a posteriori dos comportamentos, e mesmo das estruturas de mercado potencialmente anti-concorrenciais, como sabem fazer os americanos se necessário; em detrimento de uma intervenção *a priori* sobre os processos de concentração e de reestruturação induzidos pela revolução digital e pela mundialização.

A afirmação política de uma prioridade europeia em matéria de competitividade na economia digital seria de natureza a favorecer uma tal inflexão. Caso contrário, é de recear que um enfoque demasiado restrito da concorrência, pensando exclusivamente no consumidor nacional, venha a criar obstáculos ao desenvolvimento da economia digital europeia, cavando ainda mais o fosso com os Estados Unidos.

² É este designadamente o objecto do antigo artigo 90, alínea 2, do Tratado de Roma, relativo às empresas «de interesse económico geral», ou o artigo 10 da Lei francesa sobre a concorrência de 1 Dezembro 1986.

Regulação da concorrência¹

George Yarrow*

Resumo

O autor debate as questões económicas que considera mais relevantes para uma orientação das políticas públicas sobre o sector das comunicações, com particular destaque para o tema do acesso. O autor dedica especial atenção à distinção entre produtos/serviços substituíveis e complementares; à influência do poder de mercado; concorrência, estabelecimento de preços e recuperação do investimento em infra-estrutura na União Europeia como questões económicas subjacentes à regulação do sector das comunicações num ambiente de concorrência.

Abstract

The author discusses the economic issues that he considers to be the most relevant for the orientation of public policy on communications, particularly those related to access. The author pays special attention to three areas of work – the distinction between substitutable and complementary products/services; leverage of market power; competition, pricing and cost recovery in infrastructure –, which he considers to be main economic issues underlying communications regulation in a competitive environment.

* Regulatory Policy Institute, Oxford.

1. Introdução

As questões suscitadas pela combinação da rápida mudança tecnológica com a liberalização dos mercados para o futuro da política pública do sector das comunicações têm sido amplamente debatidas em documentos publicados nos últimos dois anos, simultaneamente pelo governo do Reino Unido e pela Comissão Europeia (CE), especialmente em *Regulating communications: approaching convergence in the Information Age – The Convergence Green Paper* (Regulação das Comunicações: abordagem da convergência na Idade da Informação – O Livro Verde da Convergência) (CM4022, 1998) e em *Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services – The 1999 Communications Review* (Para um novo modelo da infra-estrutura e serviços associados das Comunicações Electrónicas – Revista das Comunicações de 1999) (CEC, 1999), e ainda nos relatórios subsequentes sobre os exercícios de acompanhamento da consulta. Por conseguinte,

¹ Os debates com David Clark, do MIT Laboratory for Computing Science, contribuíram bastante para a preparação deste artigo, particularmente na sequência da sua recente apresentação "Architecture of the Internet and its implications", no Seminário de Hertford sobre Regulação.

pressupõe-se que os conteúdos destes documentos são conhecidos, para se concentrar mais directa e nitidamente nalgumas das questões-chave económicas subjacentes, particularmente as relacionadas com o acesso.

Dado o ritmo e a variedade dos desenvolvimentos, é fácil perder de vista os compromissos económicos e políticos subjacentes, muitos dos quais adquirem formas velhas e bastante familiares. Mais simplesmente, embora a mudança tecnológica afecte os modos de alcançar bons compromissos, a compreensão prévia das características gerais dos compromissos facilitará a adopção de resoluções satisfatórias.

Conformemente, na secção 2, discutirei primeiro alguma economia básica relevante na consideração das questões presentes. Dado o âmbito limitado desta comunicação, concentrar-me-ei apenas em três áreas de trabalho:

- A distinção entre produtos/serviços substituíveis e complementares, e as suas implicações.
- A influência do poder de mercado.
- Concorrência, estabelecimento de preços e recuperação do investimento em infra-estrutura.

Embora muito mais pudesse ser dito, cada uma destas três áreas é directamente relevante para as escolhas políticas de alto nível que têm de ser feitas um passo à frente da nova legislação, e a apreciação da sua significação acumulativa pode em grande medida ajudar a alcançar decisões satisfatórias.

No âmbito deste debate, pressupõe-se que sejam conhecidos os objectivos declarados da política pública, tal como são expostos nos documentos mencionados acima. No entanto, pode notar-se que esses objectivos tendem a ser expressos na forma de uma “lista de intenções”, sem que haja grande indicação sobre os pesos relativos a conceder aos diferentes elementos da lista. Tal ponderação será um requisito necessário em certa fase, para permitir

a resolução de conflitos entre objectivos (por exemplo, até que ponto, se for de todo possível, estão os reguladores dispostos a distorcer a concorrência em nome da prestação do serviço universal?).

O objectivo principal desta comunicação é o de “defender a concorrência efectiva” (Cm4022, 1998) ou, como é expresso na Revista de Comunicações da Comissão Europeia, “promover e apoiar o mercado europeu livre e competitivo nos serviços de comunicação”. A importância deste objectivo assenta no facto de provavelmente a sua concretização contribuir em boa medida para a realização de resultados aceitáveis relativamente a outras metas políticas, nomeadamente a defesa dos interesses dos consumidores, a garantia de acesso universal, a promoção da diversidade e da escolha nos serviços e o estímulo ao investimento.

De facto, provavelmente é melhor em geral pensar o objectivo de defesa da concorrência como sendo de natureza diferente de outras metas políticas prioritárias. Estas últimas referem-se principalmente à obtenção de *resultados* – preços, escolha, diversidade, qualidade, universalidade, investimento, etc. –, ao passo que a concorrência é um *processo*, governado por regras que influenciam as suas direcções e efeitos/consequências. Mais simplesmente, a concorrência pode ser vista como o processo pelo qual outros objectivos podem ser realizados, embora o grau de sucesso nessa realização dependa, em grande medida, das regras da concorrência estabelecidas. Voltarei a este ponto na secção 3.

No âmbito do ‘objectivo da concorrência’, uma das principais questões que tem sido levantada é se este pode ser realizado mais eficazmente apenas com base na lei geral da concorrência ou se é necessária uma regulação específica do sector. Expressa deste modo, a questão não tem verdadeira pertinência, já que não estabelece uma separação nítida entre as políticas de concorrência e as políticas reguladoras. Por um lado, a aplicação da lei

da concorrência a um sector particular levará em consideração as circunstâncias específicas desse sector; por outro lado, muita da actual prática reguladora (sectorial) dedica-se ao estabelecimento de condições favoráveis ao desenvolvimento da concorrência.

A questão mais básica diz respeito ao grau de adequação ao sector da comunicação de regras/constrangimentos *ex ante* de pormenor que regem a prática concorrencial. A lei da concorrência geralmente fundamenta-se numa abordagem *ex post* para dotar de detalhe e precisão os 'standards' gerais de conduta², enquanto as políticas específicas de sector tendem a ser caracterizadas por uma abordagem mais prescritiva, em que o detalhe e a precisão são determinados *ex ante*. No entanto, mais uma vez, não existe uma fronteira clara entre os dois, mas antes um espectro de diferentes combinações: as regras determinadas pela lei da concorrência podem tornar-se mais tarde constrangimentos *ex ante* (veja-se o caso Microsoft), e precedentes judiciais também podem por vezes chegar perto de estabelecer regras precisas (por exemplo, testes de custos para identificar de preços predadores). Do mesmo modo, enquanto a imposição de mecanismos de controlo de preços de acesso a alguns serviços de rede é claramente uma forma de regulação *ex ante*, outras regras que regem o acesso (e.g., exigências de não-discriminação) podem igualmente ser estabelecidas *tanto* através da aplicação da lei geral da concorrência *como* pela via adicional das obrigações *ex ante* (e.g., em condições de licenciamento).

² Uma proibição de práticas que impeçam, restrinjam ou distorçam a concorrência assemelha-se mais a um standard do que a uma regra ou constrangimento específicos. Falta-lhe precisão relativamente às práticas específicas proibidas, tomando em vez disso como referência os *efeitos* de uma variedade potencialmente maior de tipos diferentes de prática. Num certo sentido, exige aos participantes de mercado que sejam socialmente responsáveis, por relação ao objectivo da política pública de manutenção da integridade do processo concorrencial (i.e., sem prejudicar este processo).

A aplicação da lei geral da concorrência ao sector das comunicações será debatida na secção 3, e a regulação *ex ante* na secção 4.

Embora o ponto central deste artigo seja a defesa da concorrência efectiva, uma vez que o grau de sucesso nesta área terá implicações maiores na realização de outros objectivos definidos na *Regulação das Comunicações*, na secção 5 empreende-se uma breve discussão sobre um ou dois desses objectivos. Particularmente, considerarei as implicações para a qualidade, pluralismo e possibilidades de escolha em conteúdos/serviços e, mais especificamente, a posição da política pública face à propriedade cruzada dos media.

A última secção desta comunicação vira-se para questões de recorte institucional. Em muitos aspectos, acredito que se tem prestado atenção excessiva a estas questões nos debates políticos no Reino Unido. Na pior das hipóteses, isto pode ser indicativo de um dos perigos gerais na concepção da política futura das comunicações, nomeadamente, a intrusão de agendas burocráticas que podem ter efeitos de arrefecimento do espírito empreendedor e da inovação. Importa que o Reino Unido desenvolva uma estratégia reguladora nítida e eficaz – e nomeie as pessoas certas para implementar essa estratégia (um exercício pouco trivial) –, em vez de criar para o sector público estruturas organizacionais meramente burocráticas, com aparência produtiva.

No entanto, existe um conjunto de princípios de perfil institucional que são relevantes para as escolhas políticas a realizar em breve, por exemplo os respeitantes à independência dos reguladores, direitos de recurso, separação funcional das actividades de regulação e a adequação cultural entre a regulação e os mercados. Estes aspectos são brevemente abordados na secção 6.

Por fim, a secção 7 reúne algumas das conclusões gerais resultantes das discussões.

2. Compromissos económicos gerais

Tempos houve em que o sector das comunicações podia ser caracterizado em termos de cadeias verticais de actividade distintas e relativamente independentes do ponto de vista da interacção económica. O velho serviço fixo telefónico (STF) era fornecido por operadores de telecomunicações incumbentes, através de sistemas de transmissão dedicados, assentes em fios de cobre. A televisão por cabo era fornecida aos lares através de cabos coaxiais (embora o Reino Unido tenha demorado a estreitar-se nesta área). Similarmente, a televisão em sinal aberto e a rádio tinham os seus próprios sistemas de transmissão. Assim, diferentes pacotes de conteúdos/serviço estavam rigidamente presos a estruturas particulares de transmissão.

Como se sabe, os desenvolvimentos tecnológicos vieram pôr em causa essas estruturas. O processo é por vezes referido como convergência – baseado na noção que diferentes meios de transmissão tornaram-se cada vez mais substituíveis entre si –, mas esta é uma caracterização demasiado simplista e teleológica do que tem vindo a acontecer, particularmente quando traz consigo a noção que o processo está a levar-nos para algum ponto final razoavelmente bem-definido e ‘convergente’.

A capacidade de substituição entre os sistemas de transmissão certamente aumentou, mas aconteceu muito mais do que isso. Os aumentos na velocidade de processamento de dados e na capacidade das tecnologias de transmissão criaram oportunidades para a profusão de inovações da infra-estrutura e dos serviços fornecidos através dessa mesma infra-estrutura. Daqui resultou uma maior e mais complexa matriz de interacções económicas entre as actividades situadas em diferentes patamares das cadeias de valor tradicionais. E ninguém adivinha para onde este processo se está a encaminhar.

Considerando estes desenvolvimentos, para os objectivos presentes trabalharei com a distinção convencional e um pouco simplista entre infra-estrutura e conteúdos/serviços, embora notando que o pensamento da Comissão Europeia se baseia numa tripla distinção entre:

- Infra-estruturas de comunicações, incluindo produtos/serviços tais como aplicações de interfaces.
- Serviços associados, tais como telecomunicações e serviços de acesso condicionado.
- Serviços fornecidos através das redes (como serviços de difusão e banca electrónica).

Contudo, uma das lições do passado consiste em acautelar que a política de regulação seja estruturada de forma a ser sensível a estas distinções, uma vez que as fronteiras podem não estar bem definidas no início e podem, por vezes num curto espaço de tempo, ficar desajustadas devido à mudança tecnológica. Neste contexto, pode notar-se que algumas das pessoas que responderam à consulta da CE identificaram problemas nas definições provisórias da Comissão, particularmente as relacionadas com os ‘serviços associados’ à margem da distinção mais abrangente entre redes e conteúdos.

É possível sustentar que o desenvolvimento que contribuiu de forma mais revolucionária para minar as velhas estruturas industriais foi a introdução do *Internet Protocol* (IP). Ao facilitar a estandardização/comercialização da transmissão na forma de pacotes de dados, o IP rompe com as estruturas verticais tradicionais, libertando os desenvolvimentos de conteúdo/serviço da dependência de um conjunto de meios de transmissão particular e limitado e autonomizando os desenvolvimentos da infra-estrutura da dependência de um conjunto de serviços particular e limitado. Como será discutido mais à frente, uma

grande questão para o futuro é saber se a pressão para uma separação vertical pode e deve ser sustentada.

2.1 Substitutos e complementos

Dois produtos/serviços são substituíveis se as actividades para promover a procura por um (e.g., reduções de preços, maiores gastos em *marketing*, maiores investimentos) contribuírem para *reduzir* a procura pelo outro. Dois produtos/serviços são complementares se as actividades para promover a procura por um contribuírem para *aumentar* a procura pelo outro. Produtos/serviços em diferentes fases de uma cadeia de fornecimento vertical são tipicamente complementares.

A distinção entre substituível e complementar é crucial para compreender os efeitos respectivos da concorrência, integração (horizontal e vertical) e parcerias entre empresas. Muito do pensamento económico clássico nestas questões baseia-se na suposição de que estamos a lidar com empresas que fornecem produtos ou serviços substitutos. Assim, numa das primeiras referências à propensão dos fornecedores para restringir a concorrência, Adam Smith defendia que “*as pessoas do mesmo negócio raramente se encontram, mesmo em ocasiões de convívio ou lazer, mas [quando isso acontece] a conversa termina numa conspiração contra o público, ou em algum artifício para aumentar os preços.*” As palavras-chave aqui são “*do mesmo negócio*”, o que significa que a conspiração se situa entre fornecedores de produtos substitutos (i.e., entre padeiros ou entre talhantes).

O panorama económico é, contudo, muito diferente para os produtos/serviços complementares. Neste caso, os fornecedores quererão encorajar-se mutuamente para reduzir os preços, aumentar o esforço de *marketing*, e investir mais, uma vez que as iniciativas dos outros no sentido de aumentar a procura pelos próprios produtos/serviços tenderão a

fazer aumentar a procura pelos produtos/serviços de cada um. Consequentemente, a política pública deveria encarar de forma mais favorável os acordos e a integração entre fornecedores de produtos/serviços complementares, incluindo os acordos e a integração verticais, do que os dos seus homólogos horizontais.

Em termos mais técnicos, quando uma companhia promove mais activamente os seus produtos/serviços – reduzindo os preços, aumentando o esforço de *marketing*, aumentando o investimento –, mesmo agindo individualmente, tenderá a conferir uma *externalidade* positiva aos fornecedores de produtos complementares, que beneficiam da expansão da procura pelos seus próprios produtos. Se as externalidades originadas pela complementaridade são consideráveis – e tenderão a ser melhores quanto maior for o fosso entre o preço e o custo incremental da oferta na actividade afectada –, os resultados, na ausência de acordos ou integração, poderão ser preços mais elevados, menos *marketing* e menor investimento do que seria de esperar se esses benefícios adicionais fossem considerados.

A relevância disto para a política de comunicações provém (a) das várias complementaridades e, portanto, das externalidades positivas que podem ocorrer no sector, e (b) da grande magnitude de alguns desses efeitos, especialmente onde é fixada uma grande fracção dos custos de produtos/serviços particulares e onde, consequentemente, os preços são substancialmente superiores aos custos incrementais. No nível conceptual mais amplo existe uma complementaridade entre os conteúdos/serviços e a infra-estrutura: preços mais baixos de infra-estrutura e maior investimento em infra-estrutura tendem a estimular a procura pelos conteúdos/serviços, e preços mais baixos dos conteúdos/serviços e investimento mais elevado em conteúdos/serviços estimularão a procura pela infra-estrutura. Num nível mais baixo de agregação, existem várias

complementaridades dentro das categorias conteúdos/serviço e infra-estrutura.

Podem também existir complementaridades no plano dos utilizadores individuais. Assim, o valor que um indivíduo obtém de um produto ou serviço particular, e por este motivo a sua procura por ele, pode aumentar como resultado do consumo desse produto ou serviço por outras pessoas. Um exemplo óbvio é a telefonia vocal, onde o valor da ligação aumenta com o número de pessoas com quem é possível falar. Mas, também se pode beneficiar usando o mesmo *software* de processamento de texto que outras pessoas, e mesmo beneficiar do facto de amigos também verem *Coronation Street*³ (que pode mais tarde ser um tema de conversa). Com efeito, qualquer género de 'comunicação' envolve necessariamente algum tipo de complementaridade do lado da procura.

Sumarizando, o sector das comunicações exhibe modelos complexos de substitutibilidade e complementaridade entre as actividades económicas, e está propenso à emergência de um número de *externalidades de rede*. É isto que torna o sector simultaneamente interessante, do ponto de vista económico, e difícil, da perspectiva da política pública.

2.2 Influência do poder de mercado

Reduzir as externalidades associadas à complementaridade, através de acordos e propriedade comum, tenderá a promover preços mais baixos e maior investimento e, portanto, beneficiar os consumidores. No entanto, na prática, pode ser difícil alcançar este objectivo sem perturbar outros factores da equação. Particularmente, as combinações que contribuem para reduzir as externalidades também podem ter como efeito o enfraquecimento da concorrência entre os fornecedores de produtos/serviços substitutos (tanto

em infra-estrutura como em conteúdo), o que, a verificar-se, obriga à consideração das consequências prejudiciais subsequentes para os preços e o investimento. Isto coloca a importante questão da influência do poder de mercado.

Suponha-se que I e II são duas actividades complementares. Se uma companhia tem um poder de mercado substancial em relação à actividade I, pode haver um número de estratégias que pode usar para enfraquecer a concorrência na actividade II, em seu próprio benefício. Por exemplo, pode procurar 'empacotar' os dois fornecimentos, como quando um serviço de infra-estrutura é fornecido apenas em conjunção com os próprios serviços de conteúdo do fornecedor.

A questão é novamente difícil, uma vez que é importante considerar os incentivos existentes para que uma empresa aplique tais estratégias de influência. Talvez contra o que poderia parecer evidente, nem sempre esses incentivos são grandes. Por exemplo, se uma companhia detém uma posição de monopólio muito poderosa na oferta de um produto/serviço, pode estar em condições para extrair todos os benefícios desse poder de mercado ao cobrar por esse produto/serviço, de modo que pouco ou nada se ganha através da influência. Assim, um fornecedor monopolista de um certo tipo de conteúdo valioso pode não precisar de se empenhar em actividades complementares para extrair todas, ou quase todas, as receitas potenciais pela sua venda.

Ironicamente, os incentivos para a influência são talvez maiores quando uma companhia tem uma posição de monopólio numa actividade, mas é impedida de usufruir os benefícios desse poder de mercado como resultado dos controlos de preços. O exercício da influência do poder de mercado em actividades sem controlo de preços torna-se então muito atractiva, e a criação desses incentivos adversos é uma das desvantagens do controlo de preços. Por outras palavras, existe um compromisso entre a intervenção reguladora para impedir o

³ Telenovela britânica difundida pela Granada Television (N. do T.).

estabelecimento de preços exagerados e a intervenção reguladora para conter os efeitos adversos da influência: a primeira tende a tornar a segunda mais difícil⁴.

Mais genericamente, é importante procurar distinguir entre as circunstâncias nas quais as estratégias de negócio baseadas em articulações entre actividades complementares originam efeitos benéficos e nas quais causam efeitos perniciosos. Estádios de desenvolvimento de muitas indústrias são muitas vezes caracterizados por graus relativamente elevados de integração vertical, uma vez que podem não existir nesta fase mercados concorrenciais para certos investimentos e componentes necessários. A integração pode eliminar as externalidades e promover o investimento e o crescimento. Se, no entanto, a concorrência continuar a ser limitada em algumas actividades, a mesma integração vertical pode tornar-se um entrave em fases posteriores de desenvolvimento.

Esta é uma das principais questões nas comunicações. A oferta aos consumidores finais de serviços de acesso continua altamente concentrada, e em muitos casos permanece, por enquanto, um monopólio puro (i.e., certas categorias principais de conteúdo/serviço podem, em muitos lares, ser obtidas através de uma única via de acesso). A concorrência no acesso continua a desenvolver-se (e.g., acesso à telefonia vocal por cabo ou móvel), mas em muitas áreas o ritmo não é rápido, pelo menos em comparação com as escalas de tempo da inovação no processamento de dados e nas actividades de armazenamento. Na melhor das hipóteses, durante algum tempo é provável que os mercados de acesso permaneçam fortemente oligárquicos, e poderão nunca evoluir para além dessa estrutura.

⁴ A solução tradicional para este problema é a separação de negócio e separação de produto/serviço, mas o policiamento dessas combinações será tanto mais difícil quanto mais fortes forem os controlos de preço.

Consequentemente, é possível prever uma estrutura sectorial emergente caracterizada pela associação entre os conteúdos/serviços e os serviços de acesso à infra-estrutura, de tal modo que a forte estrutura oligárquica de fornecimento de acesso esteja ligada à estrutura de conteúdos/serviços, em potencial detrimento da inovação e do espírito empresarial nos conteúdos/serviços. E, embora esta perspectiva da futura estrutura dos mercados de acesso possa vir a revelar-se excessivamente pessimista, é importante que as políticas públicas corrigidas sejam eficazes num leque de diferentes configurações de mercado. As disposições reguladoras não devem basear-se na aposta de que o progresso tecnológico conduzirá a um desfecho específico.

2.3 Concorrência nas infra-estruturas e recuperação de custos

O sub-sector das infra-estruturas tende a ser caracterizado por elevados custos fixos e por baixos custos de utilização, pelo menos até aos limites de congestionamento, o que implica que os custos por unidade diminuem com a quantidade. A concorrência feroz de preços em tais circunstâncias é problemática, uma vez que se tenderá a baixar os preços a um mínimo, impedindo a recuperação total de custos; e a previsão deste resultado tenderá a dissuadir o investimento.

A história inicial da regulação das empresas de serviços públicos nos EUA, onde em alguns casos a regulação foi desencadeada pela emergência da concorrência desmedida, demonstra que este é mais do que um problema teórico. Num certo sentido, chegou-se ao argumento do monopólio natural para a regulação das empresas de serviços públicos através da observação dos resultados da concorrência em condições de custo que eram naturalmente monopolistas⁵.

Hoje em dia, a existência de custos unitários que decaem com a quantidade, mesmo a uma velocidade muito rápida, não é aceite como condição suficiente para a concessão de privilégios de monopólio, entre outras razões devido ao reconhecimento dos benefícios dinâmicos da concorrência. Não obstante, não é de esperar que o tipo de concorrência que surgirá em relação às infra-estruturas estará perto de ser 'perfeito': estruturas industriais exequíveis terão necessariamente de tolerar algum abrandamento na concorrência dos preços das infra-estruturas⁵.

Soluções eficazes para este tipo de problema assentam noutras formas de discriminação de preços, por exemplo, cobrando mais (efectivamente pelo mesmo serviço de transmissão) aos que retiram maiores vantagens pelo uso das estruturas relevantes. No entanto, isto pode ser difícil em virtude da natureza comercial da transmissão digital, e a dificuldade pode ser exacerbada pelos constrangimentos da lei da concorrência sobre a discriminação.

Outra possibilidade é associar os conteúdos/serviços à infra-estrutura, juntamente com a estrutura de cobrança que permite recuperar parte dos encargos com estruturas através das receitas auferidas dos conteúdos/serviços. Isto é claramente um modelo de negócio viável: o conteúdo é diferenciado, de modo que a concorrência de preços é suavizada, e fornece maiores oportunidades para a discriminação de preços. No entanto, esta estratégia coloca uma questão política

já referida: se as estruturas e o conteúdo são associados, e se há apenas espaço para um número muito limitado de operadores que fornecem as estruturas principais (particularmente o acesso), o efeito pode ser tão considerável que venha a restringir a concorrência na área de conteúdos/serviços.

2.4 Questões políticas

No seu sentido mais lato, a noção de "regulação da concorrência" está relacionada com o estabelecimento de um conjunto de regras adequado à orientação do processo competitivo e, consequentemente, engloba a política geral da concorrência bem como as regras específicas do sector. Em relação ao sector das comunicações, considera-se um bom conjunto de regras aquele que reúne as seguintes características:

- Facilita os acordos e a integração que contribuem para reduzir as externalidades de rede associadas à complementaridade, enquanto
- Impede as tendências que, neste processo, contribuem para estimular o poder de mercado numa extensão excessiva, em circunstâncias em que as estruturas de custos e de procura estão disponíveis para criar abundantes oportunidades de influência.

Estas regras precisarão de ser *descobertas* com o tempo.

Posto que as cartografias entre os processos de mercado e os seus resultados são bastante incertos, deve sublinhar-se a noção de *descoberta*. Dadas as incertezas, não é pura e simplesmente possível deduzir as regras mais adequadas (a) dos objectivos finais e (b) das análises económicas dos mercados relevantes. Na melhor das hipóteses, estas análises podem ajudar a desenvolver hipóteses acerca das

⁵ A história da regulação também constitui uma advertência salutar para o facto de muita da regulação ter sido 'fornecida' pelo governo para satisfazer as 'exigências' dos grupos de interesse dos *produtores*. Por exemplo, a regulação inicial das empresas de serviços públicos, mais do que introduzida para defender os consumidores do monopólio, foi frequentemente concebida para proteger os produtores da concorrência. A aceitação do controlo de preços por estas empresas foi o *quid pro quo* da monopolização patrocinada neste contrato de regulação.

⁶ O mesmo raciocínio aplica-se às actividades de conteúdo/serviço, para as quais os custos da oferta são bastante invariáveis.

consequências prováveis de regras particulares ou de séries de regras mas, em última análise, os modelos de gestão do mercado necessitarão de passar pelo teste da experiência.

Em particular, dada a natureza dinâmica da mudança tecnológica no sector das comunicações, aqui pode esperar-se que as regras de mercado mudem com o tempo – combinações que funcionaram razoavelmente bem no passado podem tornar-se desajustados num presente mudado ou no futuro –, e este é o factor subjacente às actuais revisões da regulação das comunicações. Estas revisões integram o processo de regulação, mas não o esgotam. Grande parte do processo de concepção das regras, especialmente no respeitante aos aspectos específicos, é delegada em autoridades especializadas em concorrência e regulação, juntamente com a responsabilidade de obrigar ao cumprimento das normas estipuladas. É nesta fase que se tornam relevantes as questões relacionadas com as acordos institucionais e com as pessoas. Estes são assuntos que afectarão a concepção das regras de pormenor e a obediência tanto das regras gerais como das específicas.

Por conseguinte, relativamente aos passos seguintes da reforma reguladora, as questões que se levantam envolvem dois conjuntos distintos de opções face à gestão do mercado, que dizem respeito:

- às regras gerais da concorrência, e
- ao modelo da regulamentação específica e

à forma como se deverá obrigar ao seu cumprimento.

3. As regras gerais da concorrência

A conduta das empresas do sector das comunicações é regida pela lei geral da concorrência. A questão fundamental é saber se as regras, conceitos e procedimentos gerais da lei da

concorrência da CE e do Reino Unido são suficientes para alcançar os objectivos da concorrência do sector das comunicações. Pressupondo que as regras, conceitos e procedimentos existentes não são suficientes, a questão que se segue é saber se podem ser actualizados com rapidez suficiente para abordarem em tempo útil as questões subjacentes. Assim, embora reconhecendo que a própria lei da concorrência não é de todo estática, pode perguntar-se se os tempos de ajustamento dos processos legais estão desfasados da velocidade a que se desenvolvem os mercados das comunicações.

Embora a discussão sobre a política da concorrência que se segue possa, em alguns pontos, parecer tangencial em relação às actuais questões de regulação do sector das comunicações, estou convencido que essas questões são cruciais para compreender os caminhos futuros possíveis que a política pública pode trilhar. Particularmente, é importante reconhecer que existe frequentemente uma *divergência* considerável entre os conceitos e as lógicas tradicionais utilizadas em casos de concorrência e os conceitos e as lógicas usados, para os mesmos assuntos, na área económica e comercial. Esta divergência é frequentemente obscurecida pelo uso da mesma terminologia: muitas vezes, as mesmas palavras têm significados muito diferentes.

3.1 Bases conceptuais da política de concorrência

Embora todas as políticas de concorrência se preocupem, de uma maneira ou de outra, com problemas relacionados com o poder de mercado, os conceitos básicos em que assentam não são uniformes em todo o mundo. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Secção 2 do Sherman Act proíbe a *monopolização* de um mercado, ao passo que, na União Europeia (e agora na lei interna de

concorrência do Reino Unido), é proibido o abuso de posição dominante. Na Austrália, o Trade Practices Act considera ilegais as práticas que impeçam a concorrência, por parte de empresas com um *grau substancial de poder de mercado* – o que constitui mais uma formulação diferente.

Na realidade, embora a forma como essas proibições são aplicadas constitua em grande parte uma prática comum, persistem algumas diferenças subtis que têm um impacto material nas decisões políticas e, conseqüentemente, nas implicações das regras dos processos de concorrência. Além disso, uma vez que as proibições são concebidas em termos extremamente genéricos, são susceptíveis de várias interpretações pelas autoridades de concorrência e, decisivamente, pelos tribunais. As formas pelas quais as proibições são aplicadas e se fazem cumprir é um assunto extremamente importante: o mal está muitas vezes no pormenor.

Logo, não é possível falar com todo o sentido sobre o contributo da ‘política de concorrência’ para a realização dos objectivos da política pública no sector das comunicações: é necessário ir mais longe, especificando com maior precisão qual a variante da ‘política de concorrência’ que está a ser considerada.

3.2 Posição dominante, abuso e definição de mercado

É fácil de compreender a emergência do conceito de posição dominante, como estabelecido no Artigo 82 do Tratado da Comunidade e na proibição do Capítulo II do Competition Act (CA) de 1998. Na prática, muito poucos mercados, mesmo quando rigidamente definidos (ver em baixo), são totalmente monopolizados e, no Antitrust norte-americano, o termo ‘monopólio’ passou rapidamente a ser aplicado a empresas com quotas de mercado muito elevadas. Contudo, ao lidar-se com estes casos, a expressão posição dominante parece mais apropriada do que o termo monopólio. Assim, na

economia, o ‘modelo de empresa dominante’ pressupõe uma estrutura de mercado na qual (a) uma empresa é muito maior do que qualquer um dos seus concorrentes, e (b) a empresa dominante estabelece o preço de mercado, tendo em consideração que preços mais elevados (i) irão provocar o desvio do consumo para outros mercados e (ii) irão induzir uma maior oferta por parte das empresas mais pequenas e periféricas, que em princípio não exercem influência sobre o preço de mercado.

A política de concorrência reporta-se principalmente à conduta do mercado: o Sherman Act proíbe a monopolização, não a existência de um monopólio *per se*; e o Artigo 82 e o CA proíbem o *abuso* de posição dominante, não a posição dominante *per se*. Embora a alienação possa ser em última análise ordenada como solução⁷, o mal continua a ser a conduta (veja-se o caso Microsoft, no qual a ordem de divisão é uma resposta à percepção de uma conduta que impede a concorrência, em circunstâncias onde o tribunal duvidou em exclusivo da eficácia das soluções para a conduta).

A proibição do abuso significa que certos tipos de conduta comercial, que são lícitos quando praticados por uma empresa não dominante, tornam-se ilícitos quando praticados por uma empresa dominante. Exemplos incluem algumas formas de discriminação de preços e recusa de fornecimento, ambas dando origem a grandes questões nas redes de comunicação (veja-se as discussões já abordadas sobre a recuperação de custos nos serviços de infra-estrutura e a influência do poder de mercado). Este resultado – a imposição de constrangimentos ou restrições sobre as empresas dominantes – é por vezes referido como *regulação assimétrica* (“uma lei para os dominantes, outra para os não-dominantes”). No entanto, o

⁷ Embora não seja muito grande o número de casos em que isto aconteceu, têm por vezes um perfil muito elevado (e.g., a separação da AT&T).

significado económico da assimetria depende da forma como é aplicada na prática a proibição de abuso, um aspecto que desenvolverei na secção 3.4.

Ambos os conceitos de monopolização (EUA) e de posição dominante (CE) baseiam-se, na sua interpretação, noutras definições do mercado relevante – diferentemente do conceito de grau substancial de poder de mercado (Austrália) que, não obstante o facto de ser o único dos três que contém directamente a palavra 'mercado', pode ser coerente na ausência de uma definição de mercado. Com efeito, o Tribunal Europeu de Justiça fez da definição de mercado uma exigência explícita nos casos em que se aplica o Artigo 82, e uma decisão da Comissão em que este aspecto particular da análise económica não tenha sido devidamente assegurado será contrariada.

Na realidade, o modo como os mercados são definidos terá como suporte material as estimativas das quotas de mercado dos participantes e, na medida em que as conclusões de posição dominante são influenciadas pelos números da quota de mercado, os operadores e as actividades constrangidos pelas restrições adicionais resultantes da proibição de abuso. Assim, a quota das linhas telefónicas domésticas atribuível a uma empresa de cabo dependerá de uma definição do âmbito do mercado como local/regional ou nacional. Similarmente, a quota de um difusor de um canal desportivo dependerá de uma definição de mercado com base (a) nas audiências de desportos ou (b) nas audiências de televisão generalista⁸.

Por conseguinte, as respostas a uma questão aparentemente técnica referente ao âmbito do mercado relevante tendem a determinar o domínio em que é aplicado um subconjunto particular de constrangimentos sobre a conduta (de uma empresa dominante), o que por sua vez pode ser um assunto de grande importância para a evolução da concorrência.

⁸ E estas não são claramente as únicas alternativas.

3.4 Problemas

Infelizmente, o conceito económico de mercado é profundamente problemático. Idealmente, os produtos e serviços poderiam ser divididos em conjuntos organizados, de tal forma que, dentro de um conjunto, todos os produtos/serviços seriam substituíveis entre si, mas fracos substitutos dos produtos do outro conjunto. Assim, os produtos e serviços poderiam ser separados numa série de mercados não-sobrepostos, cada um deles com fronteiras nitidamente definidas (em tais circunstâncias, pode dizer-se que os mercados são 'bem definidos').

No entanto, o mundo económico não foi criado desta maneira: habitualmente, as fronteiras de mercado não estão bem definidas, nem na economia em geral nem nas redes de comunicações – onde, como discutido, existe uma matriz complexa de substituição e complementaridade entre actividades e serviços, e onde novos produtos/serviços surgem e desaparecem a grande velocidade. Para se definir uma fronteira de mercado, como exigido nos casos de posição dominante, esta será inevitável e frequentemente traçada com algum grau de arbitrariedade. E, se as fronteiras de mercado influenciam as conclusões de posição dominante, e se esta é usada na determinação do âmbito de aplicabilidade dos subconjuntos de constrangimentos sobre a conduta, a implicação imediata é que se abre um espaço considerável para a arbitrariedade regulatória na definição do âmbito das regras específicas de mercado.

É importante sublinhar nesta altura que a raiz desta arbitrariedade é de natureza económica. É possível estabelecer regras para a definição de mercado e para a determinação de posição dominante que, em princípio, podem ser aplicadas em moldes não muito incertos do ponto de vista legal (no entanto, perante os requisitos de informação, pode duvidar-se na prática deste grau

de certeza: a certeza legal através do processo de definição de mercado pode comparar-se ao conto “O Rei Vai Nu” – as novas roupas do rei são muito sofisticadas para os cortesãos mas invisíveis para todas as outras pessoas). Contudo, perde-se mais do que se ganha com isto, se o resultado for pura e simplesmente a gestão do mercado desajustada da realidade económica. Uma regulação inadequada, embora legalmente certa, pode prejudicar a concorrência e os consumidores.

Pode inferir-se da falta (na realidade) de mercados bem definidos que é necessário lidar cuidadosamente com os dados da quota de mercado. Em particular, estes dados podem fornecer uma informação pouco credível sobre a intensidade da concorrência nas actividades de interesse. Não obstante, apesar de quase todas as autoridades de concorrência afirmarem que consideram um conjunto de factores na avaliação do poder de mercado, na prática, levam essencialmente em consideração os indicadores de quotas de mercado. Assim, o Tribunal Europeu de Justiça determinou que as empresas com uma fatia de mercado de 50% ou mais deveriam presumir-se como sendo dominantes, enquanto as linhas de orientação da OFT indicam que é pouco provável que uma empresa com menos 40% de quota de mercado seja considerada dominante.

Pior do que isto, o teste para identificar as fronteiras de um mercado que recolhe maior consenso, o *teste do monopólio hipotético*, é conceptualmente imperfeito. Em circunstâncias onde existisse realmente um mercado económico bem definido, identificaria erradamente as fronteiras em muitos casos; e um teste que falha em pleno dia dificilmente pode considerar-se fiável quando aplicado ao mundo mais sombrio das redes e serviços de comunicações.

Regressando ao conceito de posição dominante em si, no seu desenvolvimento inicial estava intimamente ligado a uma estrutura de mercado de tipo particular caracterizada pela existência de uma

empresa que era muito maior do que as outras, de modo que a empresa dominante poderia estabelecer os preços de mercado que os seus concorrentes iriam ‘comprar’. Aqui aparecem dois problemas imediatos:

- Na prática, relativamente poucos mercados exibem esta estrutura. É muito mais comum, por exemplo, que a segunda maior empresa (e possivelmente outras) tenha presença suficiente para influenciar os preços de mercado. Trata-se, aqui, de um caso de *oligarquia assimétrica*, e não de posição dominante, como definido em cima, e a conduta comercial pode ser *muito* diferente nesses dois conjuntos diferentes de circunstâncias.

- Vista na economia como um todo, a incidência desta estrutura de mercado de tipo particular não está necessariamente correlacionada à incidência do poder de mercado. Uma empresa pode ser muito maior do que os seus concorrentes mas ter muito pouco poder para subir os preços. Similarmente, empresas mais pequenas do que um ou mais dos seus concorrentes pode ter uma influência considerável sobre os preços.

Uma vez que é claramente pouco apelativo concentrar a política de concorrência exclusivamente numa forma particular e relativamente invulgar de estrutura industrial, verificou-se a tendência para alinhar o conceito legal de posição dominante com o conceito económico de um “grau substancial de poder de mercado”. No entanto, esta deslocação no sentido de tornar a posição dominante equivalente ao poder de mercado substancial não é de todo completa, e na prática a interpretação da posição dominante é influenciada por uma combinação indeterminada de factores. A posição é talvez ainda menos nítida em relação ao conceito de posição dominante colectiva, cuja interpretação está, de momento, sujeita a uma incerteza considerável.

A minha própria perspectiva é que a definição de posição dominante do Tribunal Europeu de Justiça engloba duas abordagens diferentes da política de concorrência. A primeira (que privilegio) é que o objectivo da política é declarar ilegal a conduta que tem o *efeito* de prejudicar o processo de concorrência. Nesta interpretação, as proibições relevantes são regras com aplicação universal a todas as empresas do mercado, e não são equivalentes à regulação assimétrica. O que acontece é que apenas algumas empresas dispõem de força económica para prejudicar o processo concorrencial e, assim, assumindo-se este como um assunto de cumprimento da política, pode ser vantajoso identificar se tal poder existe ou não no âmbito de um exercício de avaliação (se não for o caso, qualquer questão sobre abusos possíveis pode ser imediatamente posta de parte).

No entanto e infelizmente, o grau de força económica exigido é rotulado de posição dominante. Porque esta terminologia tende a conduzir ao tipo de economia 'faça você mesmo', que se baseia em indicadores estruturais simplistas e muitas vezes arbitrários, o que constitui a segunda abordagem:

- Determina se uma empresa tem uma elevada quota de 'mercado relevante' e é maior do que os seus concorrentes.
- Se o for, e não existem factores atenuantes muito nítidos (e.g., barreiras de entrada muito baixas), define-as como dominante.
- Submete a conduta da empresa a constrangimentos adicionais.

Na prática, isto desemboca *mesmo* numa regulação assimétrica, uma vez que faz uso de uma análise relativamente mecanicista e arbitrária para dividir as empresas em dois tipos diferentes – dominantes e não-dominantes –, sujeitas na verdade à aplicação de diferentes regras. Esta tendência é particularmente pronunciada quando o processo é usado para determinar o âmbito das

restrições *ex ante* sobre a conduta, um tema de grande importância para o futuro da regulação das comunicações (veja-se para o efeito a secção 4).

As diferenças entre estas abordagens são subtis mas importantes. A primeira salienta os efeitos; a segunda tende a enfatizar os factores estruturais (e, na prática, num espaço muito limitado de indicadores quantificáveis). A primeira assenta num pensamento geral 'universalista', a segunda é 'particularista', uma vez que leva os reguladores a concentrarem-se em estruturas e empresas particulares. E, no geral, a regulação particularista tende a ser mais vulnerável às pressões de grupos de interesses e à intrusão de agendas políticas, burocráticas e distributivas.

Um outro problema que emerge da obediência aos preceitos da política de concorrência diz respeito às escalas de tempo em que são tomadas as decisões e estabelecidos os precedentes. Casos actuais que suscitam problemas na interpretação de posição dominante colectiva lembram-nos simultaneamente que a lei da concorrência de facto evolui com o tempo, mas que o processo de mudança prossegue a uma velocidade que é nitidamente mais lenta que o ritmo de inovação nas comunicações. Em geral, não se exige que a flexibilidade e a adaptabilidade do processo de concepção das regras coincidam com as dos processos de mercado e, em muitas circunstâncias, há vantagem em que os reguladores estejam um ou dois passos atrás dos mais recentes desenvolvimentos de mercado. Se, no entanto, a disjunção entre os tempos de resposta se torna demasiado grande, os perigos são óbvios. Partes significativas do modelo regulamentar podem tornar-se comparáveis a um registo fóssil dos estádios iniciais do desenvolvimento económico e, especialmente, desaparecendo a base racional onde assentavam as restrições iniciais impostas à conduta, a persistência dessas restrições é potencialmente uma consequência anti-concorrencial da conduta permitida por um monopólio indolente e legal.

3.5 Conclusões

Em princípio, é uma opção atractiva depositar uma maior confiança na política geral da concorrência em relação à regulação económica do sector das comunicações. Na prática, muito depende do que essa política da concorrência engloba exactamente.

No seu estado actual, a política da concorrência europeia e do Reino Unido assenta num modelo conceptual que não é apenas estático na sua origem como também confuso nos modos como articula os conceitos legais e económicos. As palavras são as mesmas, mas não o são os conceitos e a interpretação que deles se faz. O modelo político que daqui resulta muitas vezes não se relaciona da melhor maneira com as realidades comercial e económica e por vezes tende a cair no surrealismo e na disputa teológica.

Será extremamente negativo confiar em exclusivo na política geral da concorrência. Se se acredita que a melhor política para o sector é aquela que se aproxima do *laissez faire*, então, se o processo de concepção das regras é lento, e se os constrangimentos políticos resultantes são relativamente pouco intromissores, a confiança exclusiva na política da concorrência pode admitir-se como a melhor aproximação disponível.

No entanto, esta posição suscita algumas dificuldades. A flexibilidade de alguns procedimentos, tais como a definição de mercado, concede aos reguladores uma discricção considerável. Na prática da regulação, a oferta cria a sua própria procura: ao fornecer uma autoridade de poderes discricionários, não faltarão representantes de *lobbies* a instigar o uso desses poderes para propósitos que sirvam os seus próprios interesses. Posto isto, e dado que existem fortes pressões para altos níveis de concentração em certas partes do sector das comunicações, as autoridades de concorrência seriam provavelmente muito activas, e os mecanismos de cumprimento da política seriam

tudo menos não intrometidos. A abordagem 'particularista', já descrita, pode portanto provocar distorções significativas da concorrência como consequência de uma regulação assimétrica fundada em conceitos e procedimentos imperfeitos. Além disso, até serem tratadas, essas falhas enfraquecem a protecção contra a arbitrariedade habitualmente provida por procedimentos de recurso⁹.

4. Regulamentação ex ante

A actual abordagem da Comissão Europeia da política das comunicações baseia-se nas ideias (i) que a dependência na lei da concorrência não é, por si só, suficiente para atingir os objectivos da política e (ii) que a política da concorrência deve, por essa razão, ser complementada com uma série de restrições *ex ante* sobre a conduta empresarial. Em meu entender, e dados os problemas acima identificados, a primeira parte desta posição é razoável. A validade da segunda parte depende do nível de pormenor dos constrangimentos *ex ante* possíveis, uma vez que uma regulamentação inadequada, tal como a aplicação inadequada da lei da concorrência, poderá gerar distorções do processo de concorrência.

Os potenciais problemas incluem:

- O sector das comunicações é tecnologicamente muito dinâmico e os custos de uma regulamentação que abrande a inovação são potencialmente elevados.

⁹ Neste contexto, talvez valha a pena lembrar que é o Tribunal Europeu de Justiça (a última instância de apelo) que insiste na definição do mercado nos casos de posição dominante. Se é solicitado à Comissão que defina um 'mercado relevante' em circunstâncias em que não existe, de facto, um mercado bem definido no sentido económico, é pouco provável que seja garantida uma forte protecção contra as consequências adversas resultantes deste procedimento pelas instituições que insistem no seu uso.

- As restrições *ex ante* sobre empresas com grandes quotas de mercado podem tornar-se excessivamente onerosas em comparação, por exemplo, com as restrições sobre empresas 'dominantes' de outros sectores (por exemplo, o controlo de preços pode ser imposto ao fornecimento de certos componentes e serviços das redes, mesmo nos casos em que o fornecimento está sujeito a concorrência).

- As interações económicas das actividades do sector são complexas e existem problemas ao lidar-se com (a) as complementaridades/externalidades de rede, (b) as oportunidades de influência e (c) a amortização do custo das infra-estruturas. Assim, não deverá ser fácil descobrir regras de mercado aplicáveis que funcionem bem.

4.1 Obrigações *ex ante* articuladas com o poder de mercado e/ou a posição dominante

Para ilustrar o segundo dos pontos referidos, a Comunicação da Comissão Europeia de Abril de 2000, ao divulgar os resultados da sua consulta na Revista de Comunicações de 1999, contempla os segundos tipos de *obrigações ex ante* a impor a uma empresa com um poder de mercado significativo (veja-se em baixo o seguimento da discussão sobre este conceito):

- não-discriminação e transparência, incluindo a divisão contabilística, em particular na resolução de problemas de integração vertical e da influência do poder de mercado em mercados relacionados.

- fixação de preços dos serviços, incluindo a orientação para os custos, particularmente regular as áreas onde a concorrência não é eficaz no controlo dos preços.

- acesso a, e uso de elementos de rede separados e/ou estruturas associadas, incluindo o

fornecimento de serviços especificados, necessários para assegurar a interoperabilidade dos serviços, particularmente onde um operador controla os meios que constituem um *input* essencial para outro fornecedor de serviço.

Na prática, a fixação de preços orientados para os custos (veja-se o segundo ponto) implica uma forma de controlo de preços baseada em estimativas de custo incremental a longo-prazo. Desta maneira, um preço administrado é substituído por um preço de mercado e, dados especialmente os modelos económicos relativamente simplistas e estáticos em geral usados, pode provocar distorções nas decisões de mercado (e.g., construir ou arrendar)¹⁰.

A Revista de Comunicações de 1999 contemplava um regime de acesso baseado numa imposição mais graduada de obrigações adicionais que as empresas deveriam respeitar. Por exemplo, empresas com um poder de mercado significativo (com uma quota igual ou superior a 25% em certos 'mercados' previamente especificados) estariam sujeitas a algumas obrigações *ex ante* mais fracas – como a necessidade de negociar o acesso –, enquanto as empresas dominantes enfrentariam obrigações mais pesadas, como a necessidade de atender a todas as solicitações razoáveis relativas ao acesso.

Uma resposta assim graduada tem uma certa lógica – em princípio, os constrangimentos impostos podem ser mais proporcionais aos prejuízos potenciais – e é corrente noutros sectores regulados.

¹⁰ Outro argumento comum contra o controlo de preços no contexto de concorrência dinâmica é que poderá asfixiar os incentivos à inovação, uma vez que proveitos elevados resultantes da inovação bem sucedida geram, por sua vez, incentivos para uma tal inovação. Este argumento tem menos força nos casos em que a posição dominante é uma consequência de benefícios herdados (i.e., não adquirida por meio do processo de concorrência). Note-se, no entanto, que a assimetria que cria a base racional do controlo *ex ante* é então a posição dominante associada ao benefício herdado, não a posição dominante *per se*.

Por exemplo, os requisitos de licença que proíbem a discriminação de preços no sector da energia contêm dispositivos que enfraquecem a obrigação à medida que a concorrência se desenvolve. Por outro lado, o poder de mercado significativo nas telecomunicações depende rigidamente de mercados previamente especificados, definidos em termos das tecnologias existentes. Isto é desajustado em pelo menos dois pontos:

- A inovação tornaria provavelmente essas fronteiras de mercado redundantes, mesmo se – e é uma forte possibilidade – fossem adequadas.
- A quota de mercado, mesmo num mercado bem definido, não é um forte indicador do poder de mercado.

As críticas expostas no primeiro destes dois pontos levaram a Comissão Europeia a assumir que provavelmente não é apropriado basear-se em dois princípios para desencadear a regulação *ex ante*. Em vez disso, propõe-se que:

- Exista um princípio baseado no poder de mercado significativo, e
- O conceito de poder de mercado significativo seja modificado e passe a basear-se no 'conceito de posição dominante em mercados particulares, calculado de modo consistente com a prática da lei da concorrência da Comissão Europeia'. Particularmente, seria abandonada o princípio de 25% para mercados previamente especificados.

Este enunciado não é claro quanto ao que propõe em relação ao conceito de poder de mercado significativo. Tem o mesmo significado que o de posição dominante? Se sim, porquê introduzi-lo como um conceito separado? Se não, o que o distingue de posição dominante e o que significa precisamente dizer que se baseará na noção de

posição dominante? Estas são questões importantes, e esta ambiguidade é sintoma da confusão que reina actualmente nesta área.

A questão geral que eu penso que deve ser colocada nesta fase é a seguinte: por que razão se considera que os critérios para a determinação da posição dominante de uma empresa são adequados para o exercício distinto de determinação das fronteiras dos diferentes níveis das obrigações *ex ante*? As obrigações enumeradas em cima transcendem os constrangimentos que provavelmente seriam aplicados a uma empresa dominante num outro sector da economia. Acredita-se claramente que é preciso atentar nas circunstâncias especiais em que se movimenta o sector das comunicações, mas, se esse for o caso, por que se haveria de considerar desejável que o regime *ex ante* (reflectindo essas circunstâncias) deveria ser 'harmonizado' com a lei geral da concorrência nos moldes propostos? No mínimo, parece existirem grandes lacunas na reflexão sobre estas questões.

Existem problemas ainda mais fundamentais. Embora, em princípio, as definições e as avaliações *ex post* do mercado associadas à prática da lei da concorrência eliminem alguns dos problemas originados por uma definição desajustada de mercado associada à definição original de poder de mercado significativo, permanecerão as falhas mais profundas na definição e na avaliação do mercado dos exercícios de posição dominante. A dependência de um único princípio para determinar as obrigações *ex ante* arrisca-se a introduzir distorções óbvias nos processos concorrenciais. O regime político imporá um obstáculo legal, assente em critérios relativamente arbitrários, aos mercados onde o modelo subjacente do poder de mercado não mostra uma tal descontinuidade. E, por razões já explicadas, a natureza das obrigações *ex ante* significa que o peso desse obstáculo é provavelmente mais pronunciado nas comunicações do que na maioria dos restantes mercados.

Não é difícil perceber como as coisas podem correr mal com tais acordos. Suponha-se, por exemplo, que as quotas de um mercado de acesso numa localidade particular se repartem de uma forma relativamente uniforme por três fornecedores, de modo que nenhum pode ser classificado como individualmente dominante. O controlo sobre o acesso pode ser usado para criar um pacote de conteúdos e acesso numa base exclusiva, de forma que o consumidor teria, com efeito, uma escolha de apenas três pacotes pré-definidos de conteúdos. O prejuízo potencial em termos de limitações das escolhas do consumidor e as restrições à concorrência em termos de conteúdo (e, por esta razão, ao investimento em conteúdo e serviço) são óbvios.

Pode argumentar-se que, em tais circunstâncias, os fornecedores de acesso são colectivamente dominantes, e que a política poderia conduzir à imposição aos três de obrigações de acesso aberto. No entanto, não é claro que a economia de uma divisão uniforme em termos de quotas difira substancialmente de uma situação na qual um fornecedor tem uma quota de 45%, um segundo de 30% e um terceiro de 25%, e de onde se poderia concluir que o primeiro fornecedor seria individualmente dominante e deveria, sozinho, estar sujeito a obrigações adicionais. As questões em jogo são demasiado importantes para se jogarem neste tipo de jogos numéricos.

Suponha-se ainda que, neste segundo caso, o primeiro operador é obrigado a fornecer o acesso aberto, mas não os restantes dois, e que estes se recusam a fornecer um negócio de conteúdo/serviço independente, a não ser numa base de exclusividade. Um negócio de conteúdo/serviço em associação com o segundo maior fornecedor de acesso teria então condições para tomar conta de 75% dos potenciais clientes (45% da base de clientes do fornecedor de acesso aberto 'dominante' juntamente com a sua própria base de clientes), enquanto os independentes poderiam, no máximo,

abranger 45% da base de clientes. Particularmente nas circunstâncias em que a dimensão do mercado é um vector relevante para o sucesso competitivo, o resultado poderá ser uma distorção apreciável da concorrência no âmbito do conteúdo/serviço. No limite, onde os 'efeitos móveis' constituem um factor maior, as regras que governam o regime de acesso, com efeito, podem vedar aos independentes qualquer oportunidade de vencer num mercado de conteúdo/serviço.

4.2 Uma abordagem alternativa

A alternativa a tudo isto é voltar aos objectivos fundamentais da política da concorrência, que é estabelecer as regras *gerais* que proíbem a conduta que ameaça a integridade do processo concorrencial. Para o bem ou para o mal, a lei geral da concorrência existe e é aplicada ao sector das comunicações. No entanto, na medida em que são exigidas regras adicionais para a regulamentação do mercado, não há qualquer razão para que as fraquezas conceptuais da política da concorrência sejam repetidas. O regime de licenciamento, que já reconhece a pertinência de disposições regulamentadoras distintas, fornece um meio para estabelecer essas regras. Além disso, as regras gerais podem ser estabelecidas através de condições padrão.

Tais condições de licenciamento devem enfatizar os efeitos das formas particulares de conduta de mercado. Por exemplo, a partir de princípios universais, é possível prever a proibição de uma conduta que, sem justa causa, limita de maneira apreciável a capacidade de interacção de subconjuntos de utilizadores. Neste caso, o teste de avaliação pode ser baseado, digamos, no *número* afectado.

Mais especificamente, isto implica a imposição geral de obrigações de acesso aberto à infra-estrutura (por exemplo, disponibilizar de forma

não discriminatória e separadamente o uso de infra-estrutura), do mesmo modo em que o artigo 81 do Tratado da CE e o Capítulo I do Competition Act estabelecem proibições gerais contra acordos de fixação de preços. Poderiam existir limites de *minimus* e isenções – mas a presunção estaria a favor do acesso – e a definição de mercado não seria exigida para o teste de avaliação: bastaria mostrar que um número significativo de consumidores poderia ser afectado de forma adversa e pouco trivial.

Universalidade e reciprocidade são os princípios gerais que subjazem a esta abordagem. Deveria existir a forte presunção de que as regras de mercado são susceptíveis de serem aplicadas a todos os participantes e de que as obrigações particulares devem ser impostas apenas a subgrupos de participantes onde existe uma justificação clara e incontornável para tal. Os caprichos da definição de mercado implicam que, em geral, os testes da quota de mercado não integram aquele critério. Mais, na medida em que se trate de acesso aberto, os benefícios que os fornecedores da infra-estrutura recebem justificam obrigações recíprocas.

Estas obrigações gerais poderiam ser complementadas com controlo de preços, em consonância com a prática tradicional nos sectores de rede, numa situação de monopólio *real*, e não simplesmente posição dominante ou poder significativo de mercado. Na lei geral da concorrência, a existência de uma posição dominante no mercado não é encarada como razão suficiente para impor o controlo de preços como solução, e não existe um motivo claro e convincente para alterar esta posição no sector das comunicações.

Os aspectos atractivos desta abordagem incluem:

- A aplicação de regulação *ex ante* numa base normalizada e transversal a todo o sector,

eliminando as possibilidades de fronteiras incertas e arbitrárias e as distorções que poderão daí advir.

- Restrição das obrigações *ex ante* mais extremas, tais como o controlo de preços, aos casos em que não existe concorrência (i.e., monopólio real) e em que os danos de quaisquer erros reguladores são menores.

Mais genericamente, pode esperar-se que o processo de concorrência resulte mais eficazmente dentro de um modelo de regulamentação de mercado com estas características. Se, nesse caso, a concorrência conduzisse a um livre acesso na ausência de regulação, as regras adicionais seriam redundantes e não distorceriam os resultados. Se, por outro lado, não fosse o caso, as regras gerais protegeriam os consumidores sem os tipos de intervenção selectiva que, neste caso, ocorreriam de maneira diferente.

A principal objecção a esta abordagem alternativa baseia-se no receio de que possa vir a prejudicar o investimento em infra-estrutura. A objecção baseia-se nos argumentos, sublinhados em cima, de que a amortização dos custos pelos proprietários das estruturas estaria em risco se estes fossem forçados a operar numa base exclusiva de transmissão.

Como discutido, estamos perante um ponto substantivo, mas, com base no princípio geral, se existe um problema relacionado com a recuperação de custos em transmissão, seria insensato concluir precipitadamente que isto justifica o uso de restrições sobre a concorrência em conteúdos/serviços. Em vez disso, se o problema é aceite em toda a sua realidade, o que deveria ser procurado (o que precisa de ser *descoberto*) é o modo menos restritivo de o resolver. Neste contexto, pode notar-se que o acesso aberto obrigatório não exclui a possibilidade dos fornecedores procurarem retornos económicos em conteúdos/serviços complementares, e nem os impede de cobrar pela

transmissão em níveis que garanta um bom retorno do investimento. Vale ainda a pena sublinhar que a probabilidade de descobrir formas menos restritivas de remunerar o investimento em infra-estrutura depende dos incentivos à descoberta, que por sua vez dependem das regras de mercado.

Aceder à infra-estrutura numa base de tarifação separada poderia dar às empresas fortes incentivos para *descobrir* estruturas alternativas de cobrança que desviassem o esforço de recuperação em receitas dos conteúdos/serviços para a infra-estrutura. Parece não existir nenhuma razão incontornável imediata para esperar que este processo de descoberta venha a falhar e, portanto, nenhuma razão para contemplar a continuidade das políticas mais prováveis de restringir a concorrência nos mercados de conteúdos/serviços. A aceitação demasiado fácil, por parte dos políticos, dos argumentos do género 'não há alternativa' esmorecem os incentivos para encontrar melhores alternativas.

4.3 Aproximação das abordagens

Como referido, a política da CE está neste momento a ser tramitada, e a proposta de uma nova definição de poder de mercado significativo será brevemente revelada. A Directiva da Comissão Europeia irá necessariamente determinar o desenvolvimento da política das comunicações do Reino Unido. No entanto, a flexibilidade e arbitrariedade na aplicação dos conceitos, já criticadas acima, concede alguma margem para se ajustar a política do Reino Unido aos sentidos pretendidos. A existência da Directiva não serve, portanto, como desculpa para a falta de nitidez na determinação do sentido em que a política reguladora deve ser conduzida.

Em geral, defendo que a discrição concedida às Autoridades Nacionais na interpretação do conceito revisto de poder significativo de mercado deveria,

tanto quanto possível, ser exercida uma vez, no início, num sentido que fosse tão longe quanto possível no estabelecimento de obrigações uniformes em relação ao acesso não-discriminatório¹¹. Como indicador do modo como a reflexão pode ser desenvolvida, pode notar-se que a negação dos serviços de acesso é equivalente a oferecer esse mesmo serviço a um elevado preço não económico¹². Onde os efeitos são apreciáveis (e.g., o valor económico dos conteúdos/serviços afectados está acima de qualquer princípio), a prática poderia ser tomada como indicativa de uma habilidade para se comportar, no grau requerido, independentemente dos concorrentes e dos clientes e, por esta razão, que o fornecedor detém um poder significativo de mercado¹³.

Isto é menos atractivo do que a abordagem 'universalista', mas de certo modo caminha na sua direcção.

5. Outros objectivos e questões

Como explicado anteriormente, o êxito na regulação da concorrência pode contribuir em grande medida para assegurar outros objectivos. Existe, no entanto, um conjunto de outras questões que se levantam quando consideradas as ligações entre a concorrência e esses outros objectivos.

A concorrência significa rivalidade, e a rivalidade pode assumir diferentes formas. A concorrência pode ser igualmente intensa num campo de futebol

¹¹ Para evitar qualquer dúvida, estas obrigações uniformes não deveriam envolver o controlo sobre o *nível* geral de encargos. O poder significativo de mercado, independentemente da definição adoptada, não é o princípio apropriado para a imposição de tais controlos.

¹² Isto é, um preço que ninguém quereria pagar, que seria mais elevado – provavelmente muito mais elevado – do que o preço de monopólio.

¹³ Se exigido pela legislação, os mercados podem também ser potencialmente definidos em termos da sujeição dos fornecedores e dos clientes ao elevado preço não-económico (a divergência de preços é um indicador da existência de um mercado separado).

e num campo de rãguebi, mas acontecem coisas diferentes porque as *regras de concorrência* relevantes diferem entre os dois desportos. Da mesma forma, o modelo de regulação dos mercados (as regras de mercado) pode canalizar a rivalidade por caminhos que produzem resultados diferentes. Outros objectivos da regulação podem, portanto, ser altamente relevantes no acto de escolher entre diferentes conjuntos de regras de mercado, cada uma das quais podendo ser compatível com o desenvolvimento de uma forte concorrência.

5.1 Estruturas industriais alternativas e escolha/controlo do consumidor

Uma estrutura possível para as comunicações é caracterizada pela existência de um número relativamente pequeno de grandes empresas verticalmente integradas, cada uma delas controlando as estruturas de acesso. Este cenário diferiria da velha estrutura da integração vertical, na qual cada participante de peso ofereceria um vasto catálogo de conteúdos/serviços, em vez de um único tipo de conteúdo/serviço (telefone, TV, rádio). No interface com o consumidor, a concorrência seria fortemente oligárquica mas, ainda assim, intensa. No entanto, os fornecedores de conteúdo/serviço independentes de grandes grupos de comunicação teriam dificuldades em dirigir-se directamente aos consumidores finais.

Embora os consumidores tivessem influência directa sobre o conteúdo através da sua escolha do fornecedor de acesso, e influência indirecta na forma como os fornecedores de acesso procuram ajustar as suas ofertas de conteúdo/serviço para as tornar mais atractivas em comparação às dos seus rivais, o grau do controlo do consumidor sobre a escolha do conteúdo seria menor do que numa estrutura industrial caracterizada por um maior grau de separação de infra-estrutura e serviços. Com acesso aberto e tarifação separada, os clientes poderiam

interagir directamente com os fornecedores de conteúdo/serviço e personalizar o seu próprio pacote. Similarmente, os fornecedores de conteúdo/serviço poderiam vender directamente a todos os clientes. Este resultado pode portanto ser apelidado de concorrência “entre todos e para todos”.

Esta segunda estrutura não implica que os mercados de conteúdo/serviço sejam altamente fragmentados nem que não haveria integração vertical entre infra-estrutura e conteúdo. As empresas seriam livres para operar em todas as partes do sector, poderiam surgir grandes grupos, mas haveria restrições mais gerais em relação a práticas como a recusa em garantir a cobertura de um conjunto mais vasto de actividades do que aquele que estaria implicado pelos testes de posição dominante. Os consumidores poderiam também escolher comprar conteúdos/serviços a empresas maiores num regime de tarifação por pacotes, se assim o desejassem. As complementaridades no consumo podem conduzir nesta direcção no caso de certos tipos de conteúdos, e os consumidores poderiam querer comprar material editado ou filtrado. No entanto, os consumidores ainda deteriam grande controlo, podendo, por exemplo, potencialmente escolher entre serviços editoriais alternativos, com base na forma como os critérios editoriais se harmonizam com as suas próprias preferências.

5.2 Questões de pluralismo, diversidade e propriedade dos media

Estruturas concorrenciais diferentes resultam também em implicações distintas sobre objectivos tais como a promoção da qualidade, diversidade e pluralismo. Dada a economia do acesso, um mundo onde o conteúdo é tarifado juntamente com o fornecimento do acesso gera perigos óbvios de potencial falta de diversidade. No decurso normal

dos acontecimentos, podem surgir argumentos de que seria do interesse financeiro dos maiores fornecedores assegurar a diversidade nas suas ofertas de serviço para atrair os clientes para o seu pacote e dissuadi-los dos pacotes dos rivais. No entanto, existem certas áreas de fornecimento de conteúdo, tal como notícias e informação, onde o passatempo inocente de maximização dos lucros dos serviços relevantes pode não ser o único factor que pesa na tomada de decisão. Pode constituir um factor importante a vontade de exercer influência política e determinar agendas sociais, por exemplo, tanto para seu próprio proveito como para perseguir maiores benefícios financeiros. Como em relação à propriedade e controlo dos clubes de futebol, a história da propriedade e controlo dos media indica que a maximização do valor do accionista nem sempre foi o factor predominante.

O âmbito destes problemas potenciais é em grande parte reduzido quando o acesso à infra-estrutura é tarifado separadamente. Neste caso, a falta de diversidade no acesso – que é dirigida pela economia no fornecimento do acesso – não é conducente à falta de diversidade em conteúdo. Todos os clientes e todos os fornecedores de conteúdo/serviço, independentemente de serem proprietários ou não e/ou controlarem as infra-estruturas, podem interagir directamente no modelo “entre todos e para todos”. A concentração em certas formas de fornecimento de conteúdo/serviço poderia ainda surgir, dependendo da procura relevante e das condições da oferta, mas o consumidor teria sempre um conjunto de outras opções, não limitado por uma estrutura particular de fornecimento de acesso a infra-estrutura.

As questões centrais relacionadas com a pluralismo e a diversidade referem-se novamente à tarifação conjunta do acesso à infra-estrutura e do conteúdo, que potencialmente limita a margem de manobra dos consumidores para controlar o que querem ver/ouvir/receber. As restrições à propriedade cruzada dos media estão fora de questão:

dever-se-ia antes tentar impedir que a concentração na propriedade e no controlo do acesso à infra-estrutura implicasse a concentração do controlo de conteúdo/serviço em geral, e implicasse também a possibilidade de excluir ou restringir a concorrência entre fornecedores de conteúdo/serviço em particular. Não apenas as restrições existentes estão fracamente preparadas para as circunstâncias de mudança do sector das comunicações, mas também são potencialmente prejudiciais na medida em que impedem a conduta que pode trazer ganhos para o comércio (e.g., da realização de economias de escala).

Acontece também que a lei da concorrência existente pode lidar com uma das questões principais que preocupa – a concentração na oferta de conteúdo através de aquisições –, embora, por razões similares às discutidas anteriormente, seria benéfica alguma re-orientação da política de concorrência fora da sua actual pré-ocupação com os princípios estruturais. Para ilustrar, considerando os possíveis efeitos de alguma fusão em qualquer indústria, as autoridades de concorrência, ao avaliar as implicações para os consumidores, normalmente levam em consideração não apenas a provável evolução dos preços mas também o impacto potencial da fusão na ‘variedade’ de produtos/serviços disponíveis (e, mais genericamente, na ‘escolha’ do consumidor). Os pesos relativos concedidos a estas duas variáveis – preço e variedade – mudam de caso para caso. Onde os gostos do consumidor e os produtos relevantes são relativamente homogéneos (sal, por exemplo), a variedade pode importar pouco; mas, noutros casos, a heterogeneidade das preferências fará da ‘variedade’ um assunto muito mais significativo.

As preferências pelo pluralismo e pela diversidade encaixam naturalmente neste modelo. Os objectivos da política implicam que a ‘variedade’ será um factor importante em casos que envolvem a concentração da oferta de, por exemplo, serviços de notícias e informação. Sujeitos a esta ponderação

particular, parecem restar poucos motivos para que a análise de uma fusão não se deva processar normalmente.

Traduzindo isto em termos mais genéricos, as regras para a propriedade dos media *ex ante* e prescritivas deveriam ser substituídas por uma abordagem *ex post*. Os argumentos são os mesmos que convenceram a Comissão Europeia a evitar basear o conceito de poder de mercado significativo em quotas pré-definidas de mercado pré-definidos (com base em critérios tecnológicos). As definições de mercado e as distinções entre actividades em que se baseiam as regras *ex ante* foram e estão a ser postas em causa pela mudança económica – depressa se tornam fossilizadas – e é preferível uma abordagem mais ‘dinâmica’.

Como discutido antes, infelizmente persistem problemas com o cumprimento detalhado da lei da concorrência. A política da CE relativamente às fusões sofreu sempre com o facto de não se lidar explicitamente com as fusões à luz dos artigos originais do tratado, e de a política nesta área ter de desenvolver-se de modo consistente com a interpretação legal de posição dominante. Entre outras coisas, esta situação tem vindo a desembocar em ambiguidades e incertezas ao lidar com o conceito de posição dominante colectiva, pois o mesmo conceito é actualmente requerido para servir propósitos diferentes quando usado na política de fusões e nos casos do Artigo 82.

Não obstante, um quadro geral de regulação das fusões não cingido ao conceito de posição dominante, juntamente com os acordos de acesso aberto no sector, deveriam ser mais do que suficientes para tornar redundantes as restrições *ex ante* específicas sobre a propriedade dos media.

6. Questões institucionais

Os debates sobre o futuro da regulação do sector das comunicações têm inevitavelmente incluído o

debate sobre a possível estrutura institucional de regulação. Utilizo o adjectivo inevitável porque as questões organizacionais são caras à administração pública, e um traço característico da história das telecomunicações e da transmissão foi uma “luta constante entre a empresa e a administração pública”¹⁴.

6.1 Princípios do perfil institucional

Embora muitas das questões burocráticas que preocupam a Administração tenham importância secundária para o desempenho económico e desviem a atenção da tarefa mais importante que é desenvolver uma política mais eficaz, existe um número de princípios de recorte institucional que realmente importam, particularmente em relação à concepção de regras específicas e a garantia do seu cumprimento. Entre eles encontram-se:

- A conveniência de uma independência regulatória, para evitar distorções políticas suscitadas pela intrusão de agendas de curto-prazo de cariz burocrático e político (que podem ser afectadas por considerações muito pouco relacionadas com as comunicações).
- Os direitos de recurso são cruciais, por duas razões. Primeiro, muitas das questões económicas são complexas e é geralmente positivo ter a opção de uma ‘segunda opinião’. Segundo, a regulação é uma actividade monopolista, e os procedimentos de recurso são um dos poucos mecanismos de criação de incentivos necessários ao desempenho eficaz das tarefas delegadas. Embora os recursos impliquem atrasos e possam originar problemas por causarem uma disjunção entre escalas de tempo da mudança tecnológica e da finalização das decisões reguladoras, são simplesmente um imperativo. O problema da

¹⁴ Alan Peacock, “The Political Economy of Broadcasting”, *Essays in Regulation*, Regulatory Policy Institute, 1996.

escala de tempo deveria, portanto, ser resolvido através do estabelecimento de procedimentos céleres para os recursos, sujeitos a satisfazer as exigências para o processo devido e para consideração adequada dos assuntos relevantes, não para pôr em causa os direitos de recurso.

- A separação funcional de distintas actividades de regulação é frequentemente benéfica, tanto através da 'separação por negócios' no seio de uma única autoridade como pela criação de diferentes instituições, e deveria existir uma presunção em seu favor. Isto é, o ónus da prova deveria ser tarefa dos que misturam diferentes funções reguladoras.

A importância desta questão não foi totalmente reconhecida no Reino Unido, mas é um problema de fundo da política de regulação. Inspirado na experiência adquirida em comissões de regulação nos EUA, Daniel Spulber¹⁵ defende que:

"O dilema com que se deparou o Congresso ao estabelecer as agências de regulação é que é visado um duplo propósito. As agências de regulação devem prestar contas ao Congresso ou ao Executivo e representar um exercício do poder congressista ou executivo. No entanto, é desejável que as agências de regulação procedam com imparcialidade, que concedam aos indivíduos o processo legal adequado, e que as suas decisões sejam consistentes com a revisão judicial. Infelizmente, alcançar estes dois objectivos dentro de uma única agência pode ser inconsistente ou, na melhor das hipóteses, problemático."

Por exemplo, existem tensões entre a abordagem quase-judicial que os reguladores do Reino Unido devem absorver nos seus deveres de concorrência, incluindo o cumprimento do Acto de Concorrência, e a abordagem 'negociadora', mais apropriada ao estabelecimento de controlo de preços (mais

genericamente, a lei da concorrência tendeu a olhar o controlo de preços como uma função distinta e separada).

Os argumentos em prol da separação funcional são genericamente similares aos que têm sido usados em relação à separação de negócios nas empresas reguladas: contribui para uma maior transparência e responsabilidade e, talvez acima de tudo, facilita uma maior concentração no desempenho de tarefas e no desenvolvimento de 'culturas' organizacionais distintas apropriadas às diferentes tarefas.

- Também é desejável que o desenvolvimento das culturas reguladoras que 'se enquadre' adequadamente nas 'culturas' de mercado com as quais aquelas têm de interagir (e.g., evitar o conflito desnecessário e estéril entre a empresa e a administração), e aqui as questões estão, de forma óbvia, intimamente relacionadas com as já apontadas em relação à separação funcional.

Este pode ser um equilíbrio difícil. Por um lado, os reguladores podem aproximar-se demasiado daqueles cuja prática está a ser regulada, o que em casos extremos conduz a uma 'apreensão' industrial, o que constitui um 'enquadramento' indesejável. Por outro lado, o processo regulador pode ser politicamente e burocraticamente apreendido, introduzindo diferentes tipos de distorções e inércia. Assim, enquanto os governos confiam aos reguladores deveres públicos, uma das suas maiores tarefas práticas é proteger as disposições de regulação do mercado da interferência a curto-prazo conduzida por uma cultura política de 'caça ao voto' (por mais admirável que uma tal cultura seja à luz de muitos objectivos).

A independência da regulação, os direitos de recurso e a separação funcional podem contribuir para atingir um equilíbrio, mas acredito que o modo pelo qual o papel da regulação é *percebido*,

¹⁵ Daniel F. Spulber, *Regulation and markets*, MIT Press, 1989.

independentemente se uma percepção particular é mais amplamente partilhada, pode ser também um factor muito importante.

6.2 Perspectivas sobre a regulação

A perspectiva mais comum sobre a regulação é que se trata de uma *resposta* ao insucesso do mercado. Por qualquer razão, o processo concorrencial é insuficiente para alcançar os resultados pretendidos e o regulador intervém, tal *deus ex machina*, para consertar as coisas. Associada a esta perspectiva está a tendência frequente para pensar a relação entre o regulador e o regulado como hierárquica num certo sentido, desempenhando o regulador a função de controlo mais elevado.

Esta perspectiva pode até nem ser muito má em circunstâncias de monopólio puro, onde a relação global entre o regulador e o regulado é de um-para-um (uma espécie de monopólio bilateral). É muito mais problemática quando a regulação se dedica ao estabelecimento de regras para a concorrência, particularmente uma vez que pode inclinar-se para um excesso de regulação, intervindo quando as eficácias de mercado são identificadas e as soluções reguladoras aparentes parecem estar à mão de semear. As pressões do grupo de interesse exacerbam esta tendência, uma vez que cada grupo tende a promover intervenções favoráveis a si próprio e não a preocupar-se indevidamente com as consequências para os outros (não existe no mercado uma Mão Invisível a trabalhar para a regulação).

Este modelo conceptual (habitualmente estático) tende a ignorar o aspecto *auto-correctivo* dos processos de mercado, que se torna mais visível quando se assume uma perspectiva dinâmica. Se os resultados concorrenciais são ineficazes, os proveitos não realizados do comércio entre os participantes de mercado incentivam estes últimos a

descobrir novas formas de realizar esses proveitos (i.e., ultrapassando as ineficiências). Esses incentivos para aumentar os proveitos comerciais são tipicamente mais acentuados para os agentes de mercado do que para as agências reguladoras, o que implica que a melhor maneira de corrigir os actuais falhas de mercado será muitas vezes através do próprio processo concorrencial. Nesta ordem de ideias, não são as falhas de mercado, convencionalmente definidas (i.e., os proveitos não realizados do comércio), que devem desencadear a intervenção, mas a atenção deve antes focar-se nas *falhas dos mecanismos de auto-correcção dos mercados*, uma distinção que pode ter importantes implicações na política pública.

Em relação às questões da concorrência, é melhor pensar a regulação e a concorrência como *processos de descoberta complementares*. Em qualquer altura, ao competir com os seus rivais, as empresas procuram encontrar maneiras de aumentar os retornos para os seus accionistas, ao passo que os reguladores procuram descobrir regras que assegurem que esses retornos mais elevados possam apenas ser obtidos se as empresas tiverem sucesso a descobrir modos de melhor servir os interesses dos seus clientes (e onde estejam indirectamente envolvidos outros factores ou partes, por exemplo, os efeitos ambientais ou de saúde, sem causar danos colaterais apreciáveis). A Mão Invisível não pode ser tomada como garantida: o modo como funciona depende dos modelos da regulação do mercado, e os *resultados da concorrência são determinados conjuntamente pela rivalidade e pelas regras que regem essa rivalidade*. Se o conceito de falha de mercado deve ser retido, é importante reconhecer que o conceito de 'mercado' deve ser usado num sentido amplo o suficiente para englobar as 'regras' bem como o comportamento dos participantes dentro dessas regras.

7. Conclusões

Deixem-me concluir apresentando as minhas próprias perspectivas de como, genericamente, os vários compromissos identificados em cima podem ser mais bem resolvidos.

A ideia de assentar exclusivamente na política de concorrência para a regulação económica das comunicações é superficialmente atractiva. Na sua materialização actual, no entanto, a lei da concorrência da CE e do Reino Unido depende de conceitos e procedimentos consideravelmente frágeis. Assim, proceder a uma mudança precipitada e radical no sentido de assentar em exclusivo na lei da concorrência poderia representar a edificação da política sobre fundações pouco firmes.

É de esperar que a política da concorrência evolua com o tempo, e esperançadamente que algumas das fraquezas sejam resolvidas; mas são longos os períodos de tempo para mudanças maiores quando comparados com o ritmo da inovação no sector das comunicações. Mais uma vez, portanto, seria insensato confiar demasiado no que, de momento, são desenvolvimentos especulativos que, de qualquer maneira, demoram algum tempo a ser implementados.

Fazendo o balanço, inclino-me para a perspectiva de que a regulação das comunicações deve favorecer a abordagem “entre todos e para todos”, baseada na oferta de infra-estrutura em regime de tarifação separada, particularmente a infra-estrutura de acesso, e realizada através de um conjunto de obrigações previsto na licença. Isto em parte porque acredito que existe um perigo real de que, devido à procura e às condições de custo no fornecimento de acesso de infra-estrutura, a concorrência poderá conduzir, pelo menos para grandes fatias da população, a uma oligarquia de acesso relativamente forte, que pode transbordar, através da influência, para os mercados de conteúdo/serviço. Se esse risco se concretizar, os objectivos de “assegurar uma concorrência efectiva” podem ser

postas em perigo, e podem ficar reduzidas as oportunidades de inovação através do progresso tecnológico.

Também é possível que a tarifação separada da infra-estrutura evolua naturalmente como resultado da concorrência, e isto é tanto mais provável quanto mais intensa for a concorrência nos mercados de acesso. Neste caso, as obrigações de acesso aberto serão desnecessárias, mas a sua existência não imporá custos significativos. Dadas as incertezas quanto à estrutura futura dos mercados de acesso, que por sua vez dependem das incertezas inerentes ao desenvolvimento tecnológico, um tal resultado está, no entanto, longe da certeza e, tendo em consideração os riscos e as consequências, o balanço da vantagem parece assentar na presunção a favor do mercado livre.

Infra-estrutura e conteúdos/serviços separados num mundo de acesso aberto não distorceriam a evolução das estruturas de mercado numa e noutra área, e os fornecedores de infra-estrutura não seriam impedidos de desenvolver vastos e bem-sucedidos negócios de conteúdo/serviço. Os clientes poderiam escolher se queriam ou não serviços editoriais ou queriam viver em jardins com muros, mas, se assim fosse, teriam um conjunto potencialmente ilimitado de editores e jardins por onde escolher. Também seriam mitigadas as preocupações com o pluralismo e a diversidade.

Por outro lado, a influência de controlo sobre as estruturas de acesso limitado, criando pacotes de conteúdos/serviços, poderia ter efeitos de exclusão nos mercados de conteúdo/serviço, particularmente de novas entradas e pequenas empresas, e poderia enfraquecer os incentivos à inovação de conteúdo/serviço. As opções do consumidor poderiam também ser reduzidas – os consumidores teriam possivelmente um conjunto mais pequeno de pacotes potenciais por onde escolher – e aqui poderiam caber maiores preocupações com o pluralismo e a diversidade.

As propostas actuais da CE para as questões do acesso são uma construção deixada a meio. As obrigações *ex ante* serão impostas a empresas com poder significativo de mercado, actualmente em definição, em termos que serão brevemente revelados, de forma a serem consistentes com o conceito de posição dominante da lei geral da concorrência. No entanto, existe uma arbitrariedade considerável nos modos como os mercados podem e têm sido definidos e, por este motivo, na definição das fronteiras que determinam onde constrangimentos adicionais devem ou não ser aplicados. A regulação assimétrica baseada em fronteiras arbitrárias e incertas é, em geral, profundamente pouco atractiva, mas um problema adicional que se levanta no sector das comunicações é que pode ser um meio de *promover* realmente a emergência de uma estrutura oligárquica forte na oferta de pacotes infra-estrutura/conteúdo. Isto é, a conjunção da rivalidade e das regras poderá canalizar o sector para esta estrutura particular.

Uma regra *ex ante* mais geral sobre o acesso aberto (e.g., condições justas, razoáveis e não-discriminatórias, com isenção e fornecimentos *de minimus* e com controlo de preços apenas quando há monopólio real) teria a vantagem de eliminar a tarefa de definição de fronteiras relevantes no mercado, e de eliminar as distorções associadas. Por outro lado, uma tal regra iria provavelmente alargar o âmbito da tarefa que permanecia em aberto – o real cumprimento da norma – e seria inútil ter a ilusão de que a efectiva aplicação da tarifação separada do acesso não seria uma operação grande e complexa. No entanto, é mais provável que assim seja se a concorrência no fornecimento do acesso não for suficientemente forte para conduzir na direcção de uma maior abertura, que é precisamente quando a tarefa parece ser mais vantajosa. Além disso, com uma presunção geral aplicada ao sector (e assumindo que se lidaria em separado com os limites de preço para as estruturas de monopólio

puro, no princípio da separação funcional), a adjudicação do acesso seria como que enquadrado pela lei.

O argumento principal que habitualmente se contrapõe ao acesso aberto diz respeito ao efeito potencialmente desacelerador da política de investimento em infra-estrutura. Uma vez que os retornos do investimento dependerão dos preços cobrados pelo serviço disponibilizado, este argumento pode impor-se apenas se existir uma razão mais estrutural que impossibilite o investidor em infra-estrutura de cobrar preços susceptíveis de gerar os necessários incentivos ao investimento. Na economia em geral, o investimento para fornecer um produto/serviço (aqui transmissão/acesso) é remunerado através das cobranças por esse produto/serviço.

Existem dois candidatos possíveis para um tal factor estrutural:

- A existência de regulação desajustada que fixe os preços de acesso num nível inferior ao desejável.
- A concorrência do preço da infra-estrutura que, devido às condições de custo, poderá ser feroz, produzindo a perspectiva de baixos preços que desencoragem o investimento.

Se o primeiro destes pontos constitui um problema, a solução apropriada é pôr fim às distorções do mercado provocadas por uma regulação desajustada. Por exemplo, o âmbito da determinação regulatória dos preços poderia restringir-se aos casos de monopólio *puro* do incumbente, e em todas as outras situações a obrigação *ex ante* apenas poderia exigir que os termos para o uso de infra-estruturas não poderiam ser discriminatórios entre os negócios de conteúdos/serviços de um fornecedor de infra-estrutura e outros negócios.

Uma política de abrandamento do controlo de preços traria também maiores benefícios às

infra-estruturas. As metodologias de custo incremental a longo-prazo que são convencionalmente aplicadas na determinação dos preços regulados tendem a amortecer os sinais respeitantes aos valores relativos das diferentes infra-estruturas e às mudanças desses valores com o tempo. Por exemplo, infra-estruturas em diferentes localizações que custam o mesmo a construir e a substituir podem, num dado momento, ter valores económicos totalmente diferentes. Em segundo lugar, dada a mudança tecnológica, o perfil de tempo do valor de uma infra-estrutura particular poderá ser muito diferente da assumida nos cálculos usados para estimar o custo incremental a longo-prazo. O afrouxamento das pressões reguladoras sobre o preço a fixação de preços das infra-estruturas encorajariam provavelmente uma melhor descoberta de valores económicos, conduzindo a sinais mais eficientes para uso e novo investimento, bem como a (a) reduzir os incentivos à influência do poder de mercado, mitigando desse modo possíveis distorções da concorrência nos mercados de conteúdos/serviços, e (b) promover um investimento mais avultado em infra-estrutura.

Pelas razões explicadas na secção 2.3, o primeiro argumento pode ter mérito. No entanto, o ónus da prova deveria por direito caber aos que acreditam que pode ser decisivo, não menos porque, *prima facie*, se parece tanto com a clássica defesa de cartel. O fornecimento separado de infra-estruturas não impede o seu proprietário de desenvolver pacotes de conteúdos/serviços, ou mesmo de oferecer conteúdos/serviços que estão disponíveis apenas no canal de acesso do fornecedor. Existe, portanto, espaço para o desenvolvimento de estratégias de diferenciação de produto pelos fornecedores de acesso, que é um dos mecanismos (legítimos) para mitigar a concorrência de preços. Em qualquer caso, uma vez que os custos com infra-estruturas sejam reduzidos, a concorrência de preços pode ser abrandada, uma vez que a fixação agressiva de preços não constitui uma fonte

provável de vantagem competitiva sustentada para nenhum dos fornecedores concorrentes.

Em relação às instituições, a minha perspectiva é que existe um número de diferentes configurações institucionais que podem incorporar os princípios discutidos na secção 6 (regulação independente, direitos de recurso, separação funcional e adequação cultural). Independentemente das decisões políticas estratégicas que são tomadas, a adjudicação em relação ao acesso à infra-estrutura e as questões relacionadas com o acesso representarão provavelmente uma tarefa capital para os reguladores, e acredito que deveria ser considerada uma actividade reguladora distinta e separada, eventualmente com o seu próprio procedimento de recursos. O controlo residual de preços das actividades monopolistas devia ser tratado separadamente, entre outras razões, para impedir a 'abordagem negociadora', que normalmente é adoptada a partir da disseminação em actividades que dizem respeito à concepção de regras e ao cumprimento em geral¹⁶. A aplicação da lei da concorrência (fora das questões do acesso) pode igualmente ser inteiramente delegada ao OFT ou continuar numa base concorrencial. A regulação do conteúdo é novamente diferente, e deve ser separada de todas estas outras actividades.

Claro que as várias actividades reguladoras estão relacionadas entre si de diferentes modos. Por exemplo, o estabelecimento de qualquer controlo de preços para o uso de infra-estruturas monopolistas precisaria de ter em consideração as cobranças que foram estabelecidas para o uso de meios similares em partes do mercado onde a concorrência se desenvolveu. No entanto, é *non sequitur* concluir que a existência de tais relações implica que devem ser organizacionalmente misturadas. Segundo esta

¹⁶ Abordagens 'negociadoras' tendem a ser mais influenciadas por factores políticos e distributivos, e estão mais sujeitas a pressões de interesse de grupo. Estes são factores que, a longo-prazo, podem levar ao desenvolvimento de uma regulação disfuncional, como demonstra tão claramente a história geral da actividade reguladora.

lógica (imperfeita), a transmissão/transporte de electricidade e gás nunca teriam sido separados da produção e fornecimento de gás e electricidade, e nunca se teriam concretizado muitos dos maiores benefícios das reformas da regulação do sector da energia.

Sem tomar em atenção o modo como são desenhadas as fronteiras institucionais e como são constituídas as comissões, terminarei salientando as vantagens da separação funcional para uma abordagem que simplesmente mistura todas as actividades reguladoras, particularmente como consequência da maior nitidez e concentração que podem resultar da separação. Actividades reguladoras diferentes servem diferentes objectivos e exigem competências e culturas organizacionais diferentes. Particularmente, uma vez que uma das maiores lições da experiência nesta área é que as competências e atitudes dos reguladores individuais contam bastante, as distinções claras entre as actividades e objectivos ajudarão também a promover resultados onde as pessoas correctas são designadas para as tarefas onde podem dar o contributo mais efectivo à realização dos objectivos da política pública.

Para uma genealogia da regulação dos conteúdos

Francisco Rui Cádima*

Resumo

Neste texto pretende-se dar uma panorâmica geral sobre a regulamentação e a regulação dos conteúdos do audiovisual – e nalguns casos também da convergência –, no contexto das três entidades de referência nos mercados francês, britânico e norte-americano.

Abstract

This article provides a general view on rule-making and regulation of audiovisual contents (and, in some of cases, of convergence) within the framework of French, British and US regulatory agencies.

Tal como enunciámos no texto de enquadramento do dossier deste número, os dispositivos regulamentares da convergência estão de alguma forma subordinados pela forte sectorização deste novo campo de comunicação, por uma razoável complexidade resultante da complementaridade entre regulação sectorial e direito da concorrência, pelas diferentes políticas nacionais e europeias aplicadas a estas actividades e ainda pelo facto da emergência da economia digital poder vir a perturbar as categorias regulamentares tradicionais.

Sendo esta uma das questões centrais deste dossier temático, optámos neste nosso texto por fazer um levantamento retroactivo da emergência de algumas das principais estruturas de regulação na Europa e nos Estados Unidos, fundamentalmente no campo dos conteúdos tradicionais do audiovisual, de forma a se poder ver e interpretar de um modo mais claro a possibilidade da regulação da convergência ter que começar por ser feita precisamente na actualização da regulação dos conteúdos num contexto de evolução do modelo analógico para digital.

Propomos então, nesse sentido, que se analisem as atribuições e competências dos principais organismos reguladores de três países fortemente paradigmáticos neste âmbito – a França, o Reino Unido e os Estados Unidos da América.

* Director do Obercom. Professor do Departamento de Ciências da Comunicação da FCSH (UNL).

O CSA – Conseil Supérieur de L'Audiovisuel

Criado com base nas leis de 30 de Dezembro de 1986, relativa à liberdade de comunicação, e na lei de 17/1/1989, o CSA teve os seus membros nomeados por decreto presidencial de 24 de Janeiro de 1989, iniciando então a sua actividade em substituição da CNCL. A organização e funcionamento do CSA foram definidos pelo decreto de 26 de Julho de 1989 enquanto a organização dos serviços veio a ser fixada por uma decisão do Conselho de 7 de Janeiro de 1998. É objectivo principal do CSA garantir em França o exercício da liberdade na comunicação audiovisual.

Compete-lhe nomear personalidades qualificadas, incluído o presidente, para os conselhos de administração das empresas públicas de rádio e televisão (as então designadas Antenne 2 e FR3 tinham desde a introdução da lei de 2 de Agosto de 1989 um presidente comum) e para o INA – Institut National de l'Audiovisuel. As principais atribuições deste organismo são fundamentalmente assegurar:

- a igualdade de tratamento e o respeito pela expressão pluralista das correntes de pensamento e opinião, nomeadamente nos programas de informação política, quer dos operadores públicos, quer privados;
- a independência e a imparcialidade do sector público;
- a livre concorrência no domínio de comunicação audiovisual, alertando para práticas restritivas da concorrência e para fenómenos de concentração económica;
- a qualidade e a diversidade dos programas e bem assim garantir o respeito pelas obrigações dos operadores quanto à programação, podendo formular propostas para a melhoria da qualidade dos programas;
- controlar as obrigações legais dos operadores, nomeadamente no que concerne às emissões de

publicidade, à difusão de obras cinematográficas e audiovisuais (natureza, número, horários de difusão, percentagens de obras de língua original francesa ou comunitária, etc.);

- o desenvolvimento da produção e da criação audiovisuais;
- a defesa da língua e cultura francesas;
- a protecção das crianças e dos adolescentes na programação dos difusores públicos ou privados;
- o controlo das emissões de publicidade, sobre o assunto, o conteúdo e as suas modalidades de programação, competindo-lhe, através do CCPRT (Comité de la Communication Publicitaire Radiodiffusée et Télévisée), a atribuição de vistos à difusão das diferentes mensagens publicitárias, ao patrocínio e à comunicação institucional;
- a gestão das frequências, fixar as suas condições de utilização, velar pelas condições de recepção e ainda assegurar o controlo das especificações técnicas para as redes por cabo.

O CSA tem ainda por função dar pareceres e/ou elaborar estudos, a pedido do Governo, Assembleia, Senado ou comissões parlamentares, sobre o sector, nomeadamente na:

- definição das frequências, dos comités técnicos radiofónicos e das regras relativas aos serviços de radiodifusão e de televisão distribuídos por cabo;
- definição dos princípios gerais e das obrigações que cernem em particular a publicidade, a difusão de obras cinematográficas e audiovisuais, e de igual modo a independência dos produtores face aos difusores;
- definição das disposições relativas às atribuições o aos cadernos de encargos dos radiodifusores públicos e do INA.

E relativamente aos sectores público e privado, o CSA, para além das competências já referidas no plano das nomeações de gestores das empresas públicas e do controle das suas atribuições o dos

seus cadernos de encargos, tinha ainda por missão, no campo do sector público:

- estabelecer as regras das condições de produção e de programação das emissões relativas às campanhas eleitorais;
- estabelecer o modo de atribuição dos tempos de antena aos partidos políticos, sindicatos e associações profissionais;
- estabelecer as modalidades do direito de réplica às comunicações de origem governamental.

No que se refere ao sector privado o CSA tem poderes para:

- autorizar serviços de televisão privada difundidos por via hertziana terrestre, de cobertura nacional, regional ou local, devendo para tanto publicar a lista das frequências disponíveis juntamente com o anúncio de pedido de candidaturas;
- no plano da distribuição por cabo, o CSA define as especificações técnicas e formula as recomendações no que concerne às normas relativas à difusão;
- no plano da radiodifusão por satélite, publica o anúncio de pedido de candidaturas e autoriza a exploração de acordo com critérios previstos na lei;

No seu relatório anual o CSA pode sugerir modificações de natureza legislativa e regulamentar que lhe pareçam importantes de acordo com a evolução tecnológica, económica, social e cultural das actividades dos sectores do audiovisual e das telecomunicações. Pode igualmente formular observações sobre a repartição das receitas das taxas e da publicidade nos canais públicos.

Também no relatório anual o CSA dá conta do cumprimento, por parte dos operadores públicos e privados, das respectivas obrigações no que diz respeito à programação.

O controlo da actividade pelo CSA é um dos pólos centrais da regulação. A efectividade das leis e regulamentos, as obrigações dos operadores. Tudo o que constitui o enquadramento jurídico da liberdade da comunicação é missão do CSA. É esta instância que salvaguarda os princípios fundamentais como por exemplo o respeito, pelos media audiovisuais, das suas obrigações em matéria de programas, da dignidade da pessoa humana e da ordem pública; o respeito pelas regras relativas à concorrência e à concentração. O CSA analisa todos os anos cerca de 50 mil horas de programas das televisões nacionais. Quanto aos programas das televisões regionais e locais, das redes de cabo, tal como das rádios públicas e privadas, são objecto de um controlo através de um processo de amostragem. Regula ainda os sectores do âmbito digital – Radio Data System (RDS), Digital Audio Broadcasting (DAB), Televisão Digital, etc.

A ITC (Independent Television Commission)

Sob os seus poderes, enquadrados pelos Broadcasting Acts de 1990 e 1996, a ITC confere, genericamente, as licenças aos operadores comerciais de televisão (hertziana, cabo e satélite), quer em ambiente analógico quer digital; regula estes serviços monitorizando a performance dos broadcasters, os seus conteúdos, publicidade e patrocínio; tem ainda por função assegurar uma leal e efectiva concorrência na provisão destes serviços, o seu largo espectro de gostos e interesses, investigar queixas, etc.

Produto de cerca de cinco anos de debates, ao longo dos quais foram surgindo diversos documentos que foram sendo sucessivamente corrigidos (recorde-se designadamente o Relatório Peacock e o Livro Branco «Broadcasting in the 90's» que servirá de base ao projecto de lei sobre a paisagem audiovisual britânica – «Broadcasting Bill», apresentado no Parlamento em Dezembro de 1989),

os Broadcasting Acts, respeitam de um modo geral os três eixos estratégicos previamente definidos no Livro Branco: alargamento da escolha dos telespectadores, reforço da concorrência e melhoria da qualidade dos programas.

Limitado ao sector privado, o texto em causa, nomeadamente pelo pormenor do seu articulado e pela sua extensão, vem confirmar de certo modo o paradoxo da «desregulamentação», que resulta, no fundo, na inevitabilidade explícita de regulamentar... Pelo Broadcasting Act de 1990, a ITC vem assim substituir, desde 1 de Janeiro de 1991, duas outras instâncias de regulação: a IBA (Independent Broadcasting Authority) e a Cable Authority.

Os membros da ITC, nomeados pelo Home Secretary, tinham por função regular o conjunto de serviços da televisão comercial, qualquer que fosse o seu modo de difusão, isto é, para além de ter sob a sua jurisdição a rede de televisão hertziana privada (Channel 3, 4 e o futuro Channel 5), tinham ainda competência reguladora no sector da radiodifusão por satélite, da televisão por cabo e ainda dos «additional services» de telecomunicações.

A ITC surgia assim num novo contexto, determinado pelas novas tecnologias de comunicação, caracterizado pela oferta múltipla de novos serviços de televisão, no plano local, nacional e transnacional. O seu novo estilo de regulação pretende assegurar, em linhas gerais, a qualidade de recepção do sinal, a variedade, diversidade e qualidade dos diferentes serviços de televisão sob a sua esfera de actuação, e a leal concorrência entre os diferentes serviços. Mas sem dúvida que é a lógica de mercado que preside à sua elaboração e ao seu conteúdo, o que deriva dos seus poderes limitados, não podendo por exemplo intervir, ao contrário da IBA, nas tentativas de operações de compra de sociedades beneficiárias de concessões...

Relativamente à especificidade da IBA, a ITC mantinha algumas das suas competências, como, por exemplo, a delimitação geográfica das

concessões, a atribuição das concessões hertzianas, a autorização das redes por satélite nacionais, a nomeação dos membros do conselho do Channel Four e a regulação em geral dos diferentes serviços.

Há no entanto um aspecto extremamente importante em que se deu uma alteração significativa relativamente às atribuições da Independent Broadcasting Authority e da Cable Authority: a responsabilidade de difusor (do broadcaster) passa da competência da autoridade de regulação para a dos próprios operadores. A ITC perdia assim algumas das atribuições gestórias da sua antecessora para se configurar apenas como uma *licencing authority*, com os benefícios óbvios que daí derivam, designadamente por deixar de ser «juiz» e parte interessada no mesmo processo...

De igual modo, a sua nova estratégia desregulamentadora impede a ITC de solicitar aos operadores de televisão visionamentos prévios de programas, ou mesmo de intervir de forma ostensiva sobre o conteúdo das grelhas de programas. Incumbe-lhe, de qualquer forma, pelo que está definido nas condições de licenciamento e nos seus próprios códigos e *guidelines*, velar pela manutenção da qualidade global da programação, da publicidade e do *sponsoring*, o ainda do cumprimento das normas técnicas estabelecidas na lei.

Por exemplo, os cadernos de encargos orientadores do concurso para as novas licenças da ITV/Channel 3, definiam muito claramente o número de horas semanais para cada canal regional, a diversidade da oferta de programas (obrigatória a inclusão de programas de arte, infantis, dramáticos, educativos, *entertainment*, *factual programmes*, informativos, religiosos e desportivos). E é então função primordial da ITC, para além da atribuição das concessões, velar pelo respeito dos cadernos de encargos dos seus titulares.

As atribuições e competências de uma outra entidade prevista na lei, o Broadcasting Standards Council, poderão vir a agravar, no entanto, as

relações com os operadores, multiplicando a regulamentação na área da programação. De facto, as atribuições deste órgão prendem-se com a definição de um código específico no que respeita a problemas éticos, nomeadamente à presença de práticas relacionadas com violência e sexo nos programas em geral, ou mesmo questões de «gosto e decência». Note-se que a legislação neste caso é extensiva à própria BBC.

Quanto ao essencial dos cadernos de encargos, repare-se que os concorrentes às novas concessões, caso viessem a ser operadores, deveriam cumprir, como mínimo, designadamente:

- quotas anuais de programação própria e/ou contratada para o Channel 3 de 65 por cento.
- três serviços informativos diários de *high quality* (hora de almoço, tarde o horário nobre).
- 10 horas semanais de programas infantis variados, incluindo *pre-school*.
- 2 horas por semana de programas religiosos.

O concurso para as novas concessões a atribuir relativas à ITV/Channel 3 é extremamente rigoroso. Inicialmente os candidatos deveriam fazer entrega de um dossier financeiro e de um projecto de programa, de uma taxa não reembolsável, de um depósito de garantia destinado a eliminar candidaturas fantasistas e de uma *cash bid* – oferta em envelope selado de uma determinada soma pagável por vencimentos anuais iguais ao longo da duração da concessão.

Cumpridas estas formalidades as candidaturas serão depois analisadas quanto à estrutura e origem dos accionistas, e em matéria de programas. Quanto a esta última, o caderno de encargos é um pouco vago. Os candidatos deverão consagrar «um tempo suficiente» para os programas de informação nos horários de maiores audiências, bem como para os programas regionais e os programas de «alta qualidade». Deverão consagrar ainda uma «proporção adequada» aos programas de origem

européia. A legislação reforça também, como se disse, a identidade regional das futuras concessões do Channel 3, com obrigações específicas de difusão e de produção nas regiões.

Finalmente, ultrapassada a barreira da qualidade, e em igualdade de circunstâncias a ITC atribuía as concessões regionais às candidaturas com as *cash bid* mais elevadas, isto é, pela maior oferta. Nada obsta no entanto a que a ITC opte por um candidato com um *cash-bid* menor que outro, no caso do dossier de programas deste último apresentar um interesse qualitativo superior.

Relativamente ao IBA, a ITC dispõe ainda, para além do depósito de garantia – que constitui uma segurança da boa execução dos acordos contratuais nomeadamente em matéria de programas, de um conjunto de disposições penalizadoras para o caso de infracção. Assim, numa primeira infracção podem ser deduzidos ao depósito de garantia 3% do volume de negócios do operador; em caso de segunda infracção esse valor ascende a 5% do volume de negócios. A lei confirma ainda que os difusores designados devem aprovisionar-se em 25 por cento da sua programação (excluídas as emissões de informação) de produção independente (*qualifying programmes*).

O Channel Four continuará entretanto a ser, a par da BBC, o paradigma da televisão de alta qualidade. A nova legislação garante-lhe o estatuto de *non-profit corporation*, mas assegura-lhe também a comercialização do seu espaço publicitário, em concorrência directa por exemplo com as redes da ITV/Channel 3, às quais o Channel Four está ligado através de complexos mecanismos de financiamento. Mas na medida em que o canal vê assegurada a sua independência face à tutela, e também a consolidação do projecto enquanto modelo de televisão não submetido à ditadura dos *meters* nem tão pouco à concorrência no mercado das redes generalistas britânicas, naturalmente que o Channel Four vê assim reforçado no contexto europeu o seu peculiar trajecto, sem dúvida

exemplar para muitos dos canais de serviço público do sul da Europa, com o qual têm sem dúvida muito a aprender.

As modalidades de candidatura do quinto canal inglês foram em tudo idênticas às referidas para o Channel 3, particularmente no que se refere à estrutura acionista e em matéria de programas. No entanto, no tocante à cobertura, o Channel 5 apenas cobre 70 por cento do território.

Actualmente a ITC desenvolve toda uma estratégia para uma nova estrutura de regulação no contexto da multiplicidade da oferta em ambiente digital. Estes estudos passam pela análise da regulação da protecção do consumidor através de uma reavaliação dos códigos da publicidade; do estudo das implicações do Human Rights Act; da análise da qualidade e diversidade dos Channels 3, 4 e 5 e do Teletexto público; da regulação de serviços interactivos e da investigação sobre estas novas tecnologias; do estudo e implementação de políticas apropriadas para a recepção de Internet através da televisão; da definição dos objectivos centrais para a Broadband Britain; do controlo da propriedade, etc. Também face ao desenvolvimento da televisão digital, a ITC coordena juntamente com a BBC um projecto de optimização do sistema de cobertura dos serviços de televisão digital terrestre; estuda a antecipação do *switch-over*, dos standards da transmissão digital, do acesso dos cidadãos com necessidades especiais aos novos serviços, etc.

A Federal Communications Commission (FCC)

Criada no tempo de Roosevelt, em 1934, a FCC começou por ser uma comissão única de regulação do sector da comunicação nos EUA, pretendendo cumprir uma norma da *First Amendment* da Constituição de 1789 relativa à «existência de um mercado livre de ideias» caracterizado pela ausência da intervenção do Estado.

No entanto, o sector televisivo teve sempre uma mais atenta intervenção regulamentadora do Estado, acabando por haver de facto uma evolução da Lei e uma clara regulação onde muitas vezes se considera haver uma «desregulamentação» do sector. Por exemplo, ao Communications Act de 1934 seguiram-se importantes adaptações: The Communications Satellite Act, de 1962, The Cable Communications Policy Act, de 1984 e a Telecommunications Act, de 1996, esta procurando introduzir maior concorrência no sector das comunicações, «disciplinando» o mercado e reduzindo a regulamentação através da criação de novos mecanismos sobre a concorrência. Aliás, dois dos últimos presidentes da FCC tinham posições idênticas, ambos considerando que é sobretudo a eficácia dos mercados que identifica o que o público quer – e não a intervenção do Estado.

A FCC é composta por cinco membros nomeados por sete anos pelo Presidente dos EUA, com aprovação do Senado, e está dividida em 4 departamentos: *mass media*, *common carriers*, *field operations* e *private radio*.

Quanto às atribuições gerais: o campo de intervenção da FCC é mais vasto que o das suas congéneres europeias na medida em que assegura uma regulação das interações e das sinergias entre os sectores do Audiovisual e as Telecomunicações, incluindo os *common carrier services* (telefone, telégrafo por cabo, incluindo cabo submarino, por rádio ou por satélite).

A FCC, no entanto, ao contrário do que se passa com as congéneres europeias, ignora quase completamente a questão da regulamentação dos conteúdos dos programas. Pretende que seja sobretudo a diversidade do mercado a assegurar a pluralismo e a qualidade dos programas, sempre na perspectiva do «interesse público» (isto é, abstraindo-se de se ingerir no sector da programação). Em matéria de legislação *antitrust* há ainda que contar com a FTC – Federal Trade Commission.

No período coincidente com a presidência de Clinton, o Congresso procurou obter para o consumidor norte-americano uma baixa significativa dos preços e o acesso a novos serviços, o que determinou de alguma maneira um certo compromisso da FCC entre os imperativos da concorrência e do mercado e as práticas de serviço universal. Tarifas especiais foram criadas, da mesma forma que foi recomendada a criação de um fundo específico para financiar o serviço universal.

No sector da Rádio, por exemplo, a desregulamentação traduziu-se pela supressão da interdição de deter, por um mesmo grupo, mais de 30 estações FM e 30 AM, no conjunto do território americano, não podendo monopolizar mais de 25% da audiência a nível local. Nas telecomunicações, através da Telecommunications Act de 1996, tornava-se possível aos «telcos» concorrer nos mercados locais com a telefonia, o que acabou por originar sobretudo a criação de sinergias, mais do que a concorrência entre empresas.

Segundo a FCC, a atribuição de frequências (uma das suas principais competências) e a regulamentação da televisão hertziana, assentam no princípio de que «o direito de emitir não confere a propriedade da frequência designada, na medida em que é um privilégio temporário de utilização». Há, porém, limites à concentração e ao controlo das *networks*: *The Rule of Twelve* em 1984 impunha que um mesmo proprietário não podia possuir mais de doze estações *owned and operated*, nem atingir uma audiência potencial de âmbito nacional superior a 25 por cento. O Senado, pressionado pelo mercado, alarga entretanto estas regras «anticoncentração» e permite que esse número ascenda a 24 no conjunto do país; a audiência máxima é entretanto aumentada para 35%. Tão pouco as sociedades podem deter mais de duas estações nacionais, ou um jornal e uma TV no mesmo mercado local. Em contrapartida é possível deter conjuntamente uma estação de TV e uma rede de cabo no mesmo mercado local. Exceptuando este caso, a lei impede num dado

mercado toda e qualquer «multipossessão» de propriedade cruzada nos domínios da rádio, TV, imprensa diária e cabo (*one-to-a-market rule*).

The Network Syndications Interest Rule («fin-syn») e *The Network Financial Interest Rule* que interditiavam as *networks* de syndicar programas nos EUA, de serem proprietárias de séries que difundiam, ou de terem um interesse financeiro da sua «síndicação», são entretanto abolidas em 1995; e em 1996 é abolida a *Prime Time Access Rule* que inderditava as *networks* de controlar a programação de mais de 3 das 4 horas de *prime-time* (19-23h) nos 50 principais mercados. Esta hora de programação extra-network era chamada a *access slot*, na medida em que controlava o acesso ao *prime-time*, e teve papel importante no desenvolvimento da televisão local, da publicidade local e das estações independentes. Reduzia-se a fronteira entre *networks* e *syndicators*, o risco para as produções são agora acrescidos, mas os benefícios para as séries de grande público aumentam na mesma proporção.

Uma outra área é a das minorias, dos públicos minoritários e a *fairness doctrine*. Por exemplo, a questão da protecção das crianças é um problema cíclico nos EUA. Habitualmente levantada pelos *lobbies* mais conservadores, a protecção da criança é sobretudo entendida no plano da «luta contra a indecência» e da restrição da publicidade e do consumismo. Com esse sentido surgiu um projecto de lei que pretendia limitar a publicidade a 10 minutos e 30 segundos aos fins-de-semana e a 12 minutos à semana, por cada hora de programação, tendo sido aprovada pelo Congresso em 1990. A Action for Children's Television (ACT) tem sido uma das entidades mais críticas do sistema tendo conseguido uma re-regulamentação do sector, sobretudo com a adopção da designação de «programas para crianças» para todos os menores de 16 anos. Em 1997 era entretanto aprovada a inclusão do chip anti-violência (V-Chip) nos aparelhos de televisão, com objectivo de permitir o bloqueamento de programas por parte do utilizador.

A regulamentação favorece parcialmente o acesso das minorias à propriedade e à gestão de empresas audiovisuais, se bem que este género de «discriminação positiva» seja também mal interpretado frequentemente nos EUA. De qualquer modo, em geral as minorias continuam subrepresentadas, salvo no PBS e nalgumas redes do circuito independente. É, no entanto, um importante objectivo da FCC apoiar o acesso das minorias ao controlo de empresas de radiodifusão e ainda à diversificação da programação. Esta política está aliás de acordo com a da NAB (National Association of Broadcasters) que patrocina por sua vez o Broadcast Capital Fund Inc., constituído por fundos privados provenientes de empresas de radiodifusão e que pretendem apoiar as minorias a financiar a aquisição de «propriedade» no sector dos media.

A questão da regulamentação da imparcialidade da televisão no que diz respeito aos grandes debates nacionais e à informação, é tida como indispensável por largos sectores da opinião pública norte-americana, mas não deixa de ser uma questão polémica na medida em que os seus opositores a consideram inconstitucional por atentar contra o *First Amendment*. Aplicada desde 1959 à área da informação a *Fairness Doctrine* impunha ao serviço público «assegurar as oportunidades razoáveis de discussão dos pontos de vista opostos sobre problemas de importância pública». Em 1987, no entanto, a pretexto desta regulamentação limitar a trabalho jornalístico, e a pretexto também da falência do argumento da «raridade» dos media, a intervenção do Estado neste âmbito tornou-se muito limitada, nomeadamente após o veto de Reagan sobre a continuidade da *Fairness Doctrine*, ao qual correspondeu o voto unânime na FCC no sentido de ser abolida esta lei.

Quanto à questão do investimento estrangeiro, a lei de 1934 interdita a locação de frequências a estrangeiros e limita a 20 por cento a parte de capital que podem possuir em empresas de Rádio ou de TV hertziana. Tal regulamentação não existe

nem para os operadores por cabo, nem para a imprensa, nem para a edição, o mesmo acontecendo com as produtoras e os estúdios cinematográficos posteriormente alvo do várias *take-overs* por parte da indústria electrónica japonesa.

O cabo é um dos grandes inimigos das *networks*: são em boa parte as redes por cabo que estão a fazer diminuir fortemente as audiências das três grandes redes, e, em consequência disso, os próprios investimentos publicitários, levando ABC, CBS, NBC e FOX a enfrentar uma crise problemática sobretudo no decurso dos anos 90.

Tradicionalmente pouco legislado, o cabo passou assim a ter um papel estratégico no sector da televisão norte-americana. De notar que as regiões podem exigir canais reservados para fins educativos, sociais e para minorias. No cabo, quando se verificam no entanto casos de «monopólio local», com grupos que controlam simultaneamente diários e redes locais, o *Department of Public Utility Control* impõe a abandono pelo grupo de um dos *media* em causa. A *Switch Rule*, lei que obrigava o operador por cabo a instalar, em casa de todos os que o solicitassem, um conector que possibilitasse a passagem da recepção por cabo à recepção por antena hertziana era entretanto suspensa. A *switch rule*, que havia surgido na sequência da inconstitucionalidade da lei *must carry* permitia aos assinantes captar todos os canais locais, mesmo os que não eram retransmitidos pela rede por cabo, mas contra o parecer da NAB acabou por ser suspensa. O Cable Communications Act de 1992 reintroduz entretanto o *Must Carry Rule*, obrigando os operadores de cabo a introduzir no seu pacote de canais as redes locais analógicas. Os operadores de cabo não podem entretanto controlar mais de 30% do mercado nacional.

Desde Dezembro de 1984 que a lei autorizava os proprietários de antenas parabólicas a captar as emissões difundidas por satélite e/ou a assinar canais codificados. O problema que a certa altura surgiu nos EUA teve a ver com as práticas

comerciais na venda de assinaturas aos serviços por cabo e também com o facto de o sinal das *networks* não poder ser codificado nas regiões onde só podia chegar por satélite. As autarquias impuseram entretanto uma autorização de construção para a instalação de antenas, de acordo com as normas de urbanismo, e com o objectivo de evitar o dano estético criado pela proliferação de antenas parabólicas e susceptível de comprometer o valor das propriedades imobiliárias.

A regulamentação do vídeo: a guerra jurídica em que se viram envolvidas a Sony, de um lado, e a Disney de outro, terminou com uma decisão do Supremo, de 17 de Janeiro de 1984, quando este autorizou a gravação, para fins privados, não-comerciais, de emissões de televisão. Surge então a ideia de uma taxa de compensação pelo *copyright* sobre a venda de cassetes virgens, reclamada pela MPAA. Já no que concerne à protecção das crianças neste domínio, a MPAA tem a competência de classificar as cassetes pré-gravadas por forma a limitar o acesso das crianças à pornografia e à violência.

No âmbito da regulamentação da publicidade televisiva, através do *Television Code*, da NAB, estabelecia-se que as estações filiais não deviam passar mais de 9 minutos e 30s de publicidade durante o *prime-time*. Nos outros períodos, o máximo permitido seriam os 16 minutos por hora. Para os períodos reservados à programação infantil o máximo de tempo de publicidade voltava a ser 9 minutos 30s por hora aos sábados e domingos a 12 minutos e 30s à semana. Para as estações independentes os valores eram um pouco diferentes: 14 minutos por hora durante o *prime-time* e 16 minutos nos outros períodos do dia. No que diz respeito ao número de interrupções, o máximo autorizado era de dois por cada segmento de 30 minutos, ou de quatro por hora durante o *prime time* para as estações filiadas. Para os outros períodos do dia podiam ser atingidas as quatro interrupções por períodos de 30 minutos. Para as estações

independentes eram autorizadas seis interrupções por hora. As emissões de informação, a meteorologia e as emissões desportivas não eram abrangidas por esta regulamentação. O código da NAB, que, para além do mais, interditava a publicidade ao álcool, armas, preservativos, etc., cedo foi objecto de críticas, uma delas era a de que inflacionava os preços da publicidade e em meados dos anos 80 a NAB abandona o seu código.

As estações têm também as suas *guidelines* próprias para anunciantes e agências, no sentido de se responsabilizarem perante as diferentes mensagens publicitárias que emitem. Estas regras são em geral de cariz conservador e refletem de algum modo as posições dos *lobbies* dominantes no sector (até 1987, por exemplo, não era permitida publicidade de roupa interior feita por «modelos vivos»). Referem-se às seguintes áreas: publicidade dirigida às crianças; produtos para a saúde e pessoais; produtos contendo álcool; controlo do colesterol; produtos de emagrecimento; lotarias e jogos de azar. A publicidade comparativa é autorizada. Quanto à publicidade política, ela é em período eleitoral vendida à tarifa mais baixa da respectiva tranche horária.

As estratégias no âmbito da televisão digital não deram desde logo grandes frutos nos EUA. O facto de a FCC ter concedido a cada estação local uma frequência digital não teve consequências. O mercado da TVHD, por exemplo, manteve-se estagnado. No caso do digital por satélite e terrestre a evolução foi diferente. Desde 1997 a FCC permitiu a digitalização progressiva da difusão hertziana, tendo aparecido vários sistemas multiplexes, sendo o difusor obrigado a manter pelo menos um serviço gratuito. Prevê-se que antes de 2003 cerca de metade da difusão de televisão nos EUA seja feita já em sistema digital.

Em conclusão, e em termos mais genéricos, consensualizada no passado recente a necessidade de preservar os princípios orientadores da regulamentação existente, ainda que adaptando-a

aos novos desafios, verificou-se, de certo modo, um crescente reconhecimento da importância do direito da concorrência, acompanhado também da tendência para a menorização das políticas relativas aos conteúdos e da reconfiguração dos modelos de regulação, traduzida, por exemplo, na emergência de autoridades nacionais únicas para redes e serviços.

Pareceria, pois, ultrapassada a velha dualidade entre audiovisual e telecomunicações, suscitando-se agora, contudo, a dúvida sobre se os tradicionais conteúdos e a emergente comunicação interactiva não poderão cair a breve trecho sob o poder dos detentores das infraestruturas, autoregulando-se «continente» e «conteúdo», de certa maneira, pelo economicismo, com todas as implicações de ordem socio-cultural que daí poderão advir.

Referências bibliográficas

- ALGER, Dean, «Os megamedia, a situação do jornalismo e a democracia», *Revista de Comunicação e Linguagens*, nº 27, CECL, Lisboa, Fevereiro de 2000, pp. 97-107.
- BALLE, Francis, *Médias et Sociétés*, Montchrestien, Paris, 1999.
- CÁDIMA, F. Rui (Coord.) *Anuário da Comunicação 2000-2001*, Obercom, Lisboa, 2000.
- HAMELINK, Cees J., *Preserving media independence: regulatory frameworks*, Unesco, Paris, 1999.
- MUSSO, Pierre, «Vers un oligopole mondial», *Le Monde Diplomatique, Manière de Voir*, nº 46, Juillet-Août de 1999, pp. 60-62.

Sites:

<http://www.csa.fr>
<http://www.eim.de>
<http://www.fcc.gov/>
<http://www.obs.coe.int>
<http://www.itc.org.uk/>

A especificidade cultural e a regulação dos media em tempo de convergência

Margarida Almeida Rocha*

Resumo

A autora explora a ideia contida no parecer do Parlamento Europeu sobre o acordo AMI (Janeiro de 1998), segundo a qual a televisão constitui, mais do que qualquer outro, um meio de exprimir as esperanças e os ideais de vastos grupos da população, de veicular os nossos valores e ideais nacionais bem como de definir a identidade sob variadas formas; ela representa, assim, uma parte não negociável da base da nossa democracia.

Abstract

The author seeks to explore the idea contained in the report of the European Parliament on the AMI agreement, according to which television is, more than any other, a privileged medium for expressing hopes and ideals of vast population groups, for conveying collective values and national ideals, as well as for defining different identities; thus, TV represents a non-negotiable basis of our democracy.

* Docente da Escola Superior de Comunicação Social.
Assessora no Instituto de Comunicação Social.

A abordagem ao tema proposto – que pretendo a um tempo abrangente e sucinta – parte de algumas **constatações:**

- que, hoje como sempre, estão em presença a *actividade criadora* e, ao mesmo tempo, um conjunto de *interesses económicos e industriais*;
- que essa actividade e esses interesses são potenciados pelas novas tecnologias de comunicação e de informação para o desenvolvimento das quais é necessário o chamado *conteúdo*;
- que o conteúdo engloba *informação* – o que nos leva para o vasto terreno do direito da informação e do audiovisual – e engloba também as *obras e prestações protegidas* – o que, dentro do direito do audiovisual nos faz entrar no campo específico e complexo do direito de autor e dos direitos conexos;
- que a *convergência dos media* induz algumas alterações no quadro regulamentar, susceptíveis de responder a esta realidade tecnológica – a capacidade de diferentes plataformas para transportar serviços essencialmente similares, ou agrupamento de equipamentos de grande público como o telefone, a televisão e os computadores – o que poderá significar a fusão de sectores de

actividade que até agora funcionavam separados.

Assim, com a existência de um sistema mundial e imparável de transmissão de dados e de imagens digitais, a soberania, as leis, o quadro regulamentar de cada país, são absorvidos num mercado autónomo de grande consumo que permite aceder à própria base de produção dessas imagens e dados.

É aqui que a questão cultural pode ser colocada:

- Qual o lugar que um mercado electrónico mundializado reserva à cultura?
- De que cultura se trata e quem é o seu depositário?
- A viabilidade da cultura será inteiramente determinada pelo mercado?

Posto isto, é tempo de *identificar os pilares sobre os quais assenta uma política concertada que, através do reconhecimento da especificidade cultural, permita adoptar as medidas indispensáveis para a sobrevivência da cultura europeia.*

1 – Produção e distribuição audiovisual

É esta uma preocupação sempre presente nas declarações dos responsáveis pelas áreas do audiovisual e da cultura, produzidas nos foros próprios, e que, naturalmente, funcionarão como linhas directrizes da produção legislativa interna.

Remonta já a 1984 a *4ª Conferência dos Ministros Europeus Responsáveis pela Cultura*, que adoptou diversas Resoluções, designadamente a “relativa à cultura e às tecnologias da comunicação”, na qual expressamente convida os Estados membros do Conselho da Europa a *fomentar a produção de programas nos países europeus, com*

vista a alimentar os espaços de tempo oferecidos pelas novas redes de difusão; a valorizar e utilizar a riqueza do nosso património cultural comum para a criação de novos programas; a prosseguir o esforço de desenvolvimento de todas as disciplinas da criação artística de modo a que as indústrias de programas possam utilizar a riqueza oferecida pela criação.

E sublinhava ainda a necessidade de *favorecer, num espírito de participação democrática, o acesso da população, nas melhores condições, às redes locais e regionais de comunicação.*

Em anexo, foi aprovada a *Declaração Europeia sobre os Objectivos Culturais*, que tem como linhas mestras *desenvolver o património e a criação, bem como as aptidões individuais; assegurar a liberdade de expressão; promover a participação; encorajar a solidariedade e, assim, construir o futuro.*

De seguida o Comité de ministros do Conselho da Europa, então no domínio dos *media*, adoptou uma Recomendação sobre a *ajuda à criação artística* e, em 1986, uma outra sobre a *promoção a produção audiovisual na Europa.*

É é ainda curioso e revelador notar que logo a *1ª Conferência Ministerial Europeia sobre Política de Comunicação de Massa*, realizada em Viena, em Dezembro de 1986, e subordinada ao tema genérico “*O Futuro da TV na Europa*”, tenha, na sua Resolução nº 1 sobre a *promoção das obras audiovisuais europeias*, afirmado claramente a necessidade de uma política tendente a *favorecer as condições adequadas a permitir o investimento, nos planos nacional e europeu, destinado ao financiamento da produção de obras audiovisuais de origem europeia, qualquer que seja o Estado de proveniência.*

Como medidas complementares a esta política, entendeu-se imprescindível a *colaboração entre o cinema e a televisão, em particular no que toca à optimização da exploração das obras cinematográficas, à promoção do cinema pela*

televisão, ao desenvolvimento das encomendas dos organismos de radiodifusão ao sector cinematográfico, bem como à coprodução e cofinanciamento de filmes.

Para além disto afirmou-se expressamente a necessidade de estabelecer *relações mais estreitas entre a televisão e qualquer forma de expressão cultural, com vista a melhor valorizar o talento europeu e a desenvolver o papel da TV como vector da identidade e da diversidade culturais.*

De 1986 até agora a mensagem veiculada nas diversas Conferências ministeriais sobre mass media e noutros foros tem sido idêntica.

Mas vale a pena referir as questões que sobre o assunto foram colocadas durante a *Conferência Europeia do Audiovisual, realizada em Birmingham, em Abril de 1998.*

Após se ter referido que a protecção da diversidade cultural no seio da União Europeia deve ser considerada como um dos principais objectivos de intervenção política, considerou-se, e bem, que não será de esperar que a diversidade linguística e cultural apareça como subproduto do esforço público para promover o crescimento industrial e económico, e isto, mesmo que não existisse a dicotomia “objectivos culturais e industriais” neste domínio.

Colocou-se então o problema de saber se, independentemente do seu tamanho e capacidade, cada país poderá continuar a criar e distribuir filmes e programas de TV que respondam à realidade europeia – a de mosaico linguístico e cultural –, bem como o de determinar se os países de fraca produção audiovisual poderão continuar a produzir e a comunicar, para além das próprias fronteiras, as suas obras audiovisuais reveladoras da essência dos seus valores culturais e linguísticos.

Estas questões e as que concretamente com elas se ligam

– *que medidas específicas serão necessárias?*

– *os sistemas de apoio nacional serão suficientes para garantir a sobrevivência dos produtos domésticos?*

– *que medidas pan-europeias seriam adequadas a lançar as indústrias audiovisuais mais modestas em mercados mais importantes*
permanecem em agenda nos fora internacionais competentes.

2 – A dimensão cultural da radiodifusão e a missão do serviço público de radiodifusão

Esta matéria tem sido objecto de constante reflexão. Mas vale a pena relembrar os princípios afirmados nas sucessivas *Conferências Ministeriais Europeias sobre Mass Media*:

– *entendeu-se que para o desenvolvimento positivo e harmonioso da radiodifusão na Europa seria necessário salvaguardar, no respeito pelos direitos da pessoa humana, o interesse do público a receber um serviço de TV completo e de alta qualidade que, no seu conjunto, contribua para a livre formação de opiniões e para o desenvolvimento da cultura;*

– *sublinhou-se a importância de serviços nacionais de radiodifusão que sirvam o conjunto do país, a fim de valorizar as culturas nacionais:*

– *entendeu-se que o aparecimento de novos serviços pode constituir um meio de desenvolver a expressão cultural bem como a escolha efectiva do público*

– *reconheceu-se que uma das missões essenciais do SPR é a de fornecer programas de qualidade tanto a audiências amplas como a audiências restritas.*

– *afirmou-se a importância do SPR enquanto factor essencial de uma comunicação pluralista acessível a todos e, assim, propiciador da coesão social no novo ambiente tecnológico.*

No que toca aos aspectos transnacionais seria necessária uma tomada de consciência comum das culturas nacionais, facilitando a difusão transfronteira de programas conforme aos princípios de livre circulação de informação e de ideias, salvaguardando, ao mesmo tempo, o serviço público de radiodifusão. E uma vez mais se reafirmou o interesse de programas regionais e locais para o desenvolvimento da diversidade das identidades culturais.

Por último, durante a *Conferência de Birmingham* foi pacificamente aceite que *a principal função social do SPR não muda, pois se funda na capacidade de engendrar experiências comuns, de produzir informação e opiniões partilhadas por um grande número de cidadãos e de contribuir para o debate e para o exercício da cidadania.*

Face à fragmentação do mercado cultural, hoje, mais do que nunca, a coesão social é indispensável.

Do ponto de vista económico, um SPR forte e inovador será o *contrapeso ideal para a concentração no sector comercial*, que o mercado, por si só, não poderá corrigir.

Neste âmbito, as principais questões a debater parecem ser:

- *saber como é que a missão de SPR se poderá aplicar aos novos serviços;*
- *que objectivos de interesse público deverão ser garantidos no ambiente digital.*

3 – O quadro regulamentar adaptado ao novo ambiente convergente

Publicado pela Comissão Europeia, em 3 de Dezembro 97, o “Livro Verde sobre a Convergência dos sectores das telecomunicações, dos media e das tecnologias da informação e as implicações para a regulamentação” *constata e consagra o valor económico e cultural do conteúdo audiovisual em*

prol do desenvolvimento harmonioso da sociedade da informação.

O Livro Verde adianta teses e apresenta certas propostas de solução sobre questões cruciais nesta matéria, que merecem atenção especial:

A – A convergência

1) – A hipótese de base do Livro Verde é a de que a convergência tecnológica – capacidade de diferentes plataformas para transportar serviços essencialmente similares ou agrupamento de equipamentos de grande público como o telefone, a televisão e os computadores – conduzirá à convergência dos mercados e dos serviços.

Todavia, o resultado das audições promovidas sobre o assunto mostra que os novos serviços tendem a ser usados mais como complemento do que como substituto dos serviços clássicos. *A convergência permite crescente interacção entre media distintos que, muito provavelmente, continuarão separados.*

2) – Clarificada a distinção entre convergência estratégica (fusões, aquisições que permitem economia de escala ou diversificação de actividades em sectores vizinhos) e convergência tecnológica, parece evidente que a tecnologia, ela própria, não poderá servir de base para regulamentar os diferentes sectores que a utilizam. *Deverá ser o conteúdo transportado a base de uma regulamentação adequada e não a técnica ou o vector utilizado.*

3) – A evolução tecnológica permite a multiplicação e a diversificação dos modos de difusão e proporciona novos mercados para as obras e prestações protegidas.

O aumento da oferta de conteúdos depende, em larga medida, de um quadro legal adequado – o desenvolvimento das novas formas de exploração

deve ser acompanhado de medidas equilibradas tendentes a *proteger os interesses dos titulares de direitos* e a garantir-lhes uma remuneração proporcional em função do sucesso da obra.

Os desenvolvimentos tecnológicos geram novas formas de escritura e de criação de obras e são fonte de progresso técnico susceptível de oferecer novos meios que permitem aos criadores realizações até agora difíceis e dispendiosas. Para que possam aproveitar plenamente desses meios é indispensável instituir organismos de formação e *facilitar o acesso de criadores e de técnicos à formação contínua*.

B – Os obstáculos

O Livro Verde identifica um certo número de obstáculos, existentes ou potenciais, ao desenvolvimento do fenómeno da convergência, entre os quais figuram os *sistemas jurídicos em vigor nos Estados membros*, atitude que parece subestimar a flexibilidade de que estes sempre deram prova para se adaptarem à constante evolução da realidade a que se aplicam. Assim:

• Acesso às redes

Parece indispensável, ao contrário do que o Livro Verde sugere, *manter o quadro regulamentar mínimo* para evitar práticas anticoncorrenciais ou situações de monopólio.

• Disponibilidade do conteúdo

Uma estratégia eficaz de comercialização de obras, indispensável para que, no universo digital, o crescimento da procura seja acompanhado do crescimento da oferta de programas, não será substancialmente diferente da lógica económica e comercial do universo analógico. Considerando que os diferentes actores do mercado – autores, produtores e difusores – continuam a ter interesses e preocupações divergentes, *a regulamentação*

enquadradora das negociações contratuais, que tem garantido um equilíbrio de forças, deverá, naturalmente, manter-se, designadamente no que toca:

- à duração de exclusividade dos direitos;
- à cronologia dos media;
- à valorização dos *stocks* – sua digitalização – com vista a uma ampla circulação do património audiovisual europeu;
- aos programas de apoio à produção audiovisual e cinematográfica e às obrigações de investimento na produção nacional;

• Fragmentação do mercado

Ao contrário dos meios de teledifusão tradicionais, que se dirigem a um largo público, a multiplicação de canais de difusão digital permite maior especialização da oferta. Esta realidade, se acompanhada de medidas estratégicas adequadas, constituirá *fonte de riqueza e de diversidade na oferta de programas*.

• Insuficiente protecção do direito de autor

Identificada, muito justamente, como obstáculo ao desenvolvimento do fenómeno da convergência, a insuficiente protecção do direito de autor abre vastíssimas perspectivas de reflexão que têm como pano de fundo a *procura de equilíbrio entre os interesses do público em geral e as preocupações dos titulares de direitos*.

Nesta área são determinantes

- o conteúdo da directiva sobre “direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação”, recentemente aprovada;
- a lei aplicável à violação das regras de protecção;
- as soluções técnicas de identificação das obras que permitem localiza-las quando da respectiva circulação nas redes digitais;
- a simplificação do sistema de gestão colectiva para facilitar a exploração das obras.

C – As implicações jurídicas do fenómeno da convergência

As condições de exercício da liberdade de expressão e de informação são definidas em função do equilíbrio entre certos direitos e liberdades e o interesse geral, tendo em conta o estado de desenvolvimento da sociedade.

A recente evolução tecnológica e as possibilidades que oferece tiveram como efeito enfraquecer os limites em que a liberdade de expressão e de informação se balizava, conferindo-lhe momentaneamente um carácter tendencialmente absoluto, em detrimento do interesse público. *É, pois, necessário redefinir novos equilíbrios em três aspectos fundamentais:*

- acesso aos novos media electrónicos;
- exercício das liberdades nesses media;
- utilização das redes para promover as liberdades e a democracia.

• **Acesso aos novos media electrónicos**

O princípio do “*serviço universal*”, cujo objectivo é o de pôr à disposição de cada um, a preço razoável, os meios necessários à sua participação efectiva, assume *importância decisiva* na estruturação de uma sociedade da informação democrática.

O acesso universal às múltiplas utilizações das auto estradas da informação implica:

- a) – *a interoperabilidade dos sistemas técnicos* que permita aceder a todos os serviços de radiodifusão e a uma larga gama de serviços multimedia interactivos;
- b) – *sistemas abertos e regulamentação eficaz que garanta a não discriminação no acesso à rede;*
- c) – *a formação do público* para conhecer e aprender a servir-se dos novos serviços de comunicação e de informação.

• **Exercício das liberdades nos novos media electrónicos**

a) – Dada a influência dos media na formação da opinião pública e a necessidade de protecção de interesses específicos, as formas de *comunicação pública* são sujeitas a um regime jurídico particular no que respeita ao conteúdo e à inerente responsabilidade. As empresas de radiodifusão podem também ser sujeitas a um regime de autorização, o que corresponde à necessidade de regulamentar certas profissões. A liberdade de expressão pode, em certas circunstâncias, ser submetida a restrições justificadas por certas finalidades (segurança nacional, defesa da ordem, protecção da saúde, etc).

Ao contrário, a *comunicação privada* – destinada a uma pessoa determinada ou a um grupo identificado de pessoas – é submetida a um regime particular de segredo, sem regulamentação de conteúdo.

A convergência tecnológica e as suas implicações têm um impacto determinante sobre a noção de “media” e de “comunicação pública” e põe em causa a compartimentação das disciplinas aplicáveis e o próprio conceito de “profissão do audiovisual”. *Os novos media electrónicos permitem o desenvolvimento de serviços que transcendem a distinção tradicional entre comunicação pública e comunicação privada, a qual mantém, todavia, toda a sua pertinência.*

É, pois, necessário determinar o regime jurídico dos novos media electrónicos em função do tipo de serviço que permitem, independentemente do meio de transmissão. Um serviço releva de um regime de comunicação pública ou privada segundo a *função* que se tiver em consideração. E é de acordo com esta que se definirá o *novo equilíbrio entre os direitos e liberdades e o interesse geral*, isto é, que se determinará a possibilidade de as

autoridades públicas limitarem a liberdade de expressão e de informação, no respeito das obrigações decorrentes das regras relativas à *necessidade* e à *proporcionalidade* “numa sociedade democrática”.

b) – É também importante definir o *regime da responsabilidade*, de base contratual, relativamente aos novos media electrónicos, em função da intervenção do agente no processo de transmissão da informação e da distinção entre comunicação pública e comunicação privada.

c) – O problema da responsabilidade num âmbito que transcende as fronteiras territoriais está ligado à questão da *lei aplicável* – a do lugar da emissão, da disponibilização ao público, ou a do lugar da recepção, ou seja, da localização de quem efectua o pedido? A questão está bem longe de ser resolvida embora haja alguma tendência a favor da primeira hipótese.

• Utilização das redes ao serviço da democracia

a) – As novas tecnologias da informação e da comunicação facilitam e incentivam o *acesso dos cidadãos à informação detida pelos poderes públicos*, respeitando-se devidamente outros direitos e interesses legítimos.

b) – As mesmas tecnologias oferecem aos cidadãos a *possibilidade de serem consultados e de intervir de maneira mais directa em todos os processos de decisão*, em particular ao nível local, sendo, para o efeito, necessária uma regulamentação específica.

D – A evolução da regulamentação dos media

A rápida evolução técnica, o fenómeno da convergência e o carácter transnacional das redes

de comunicação têm sido invocados para justificar uma certa tendência para pôr em causa os princípios subjacentes às regulamentações nacionais dos media, aproximando-as da filosofia que preside ao direito das telecomunicações e aos princípios gerais da concorrência.

Todavia, têm vindo em crescendo as vozes que defendem que *as regulamentações relativas às infraestruturas de distribuição* – transporte de sinais electromagnéticos (sons, dados, imagens e qualquer combinação destes) e *as relativas aos serviços de programas* – actividade que consiste em fornecer o conteúdo transportado (programas audiovisuais, publicação electrónica, serviços da sociedade da informação) – *devem permanecer distintas*.

Esta distinção jurídica aplica-se também aos novos serviços convergentes e não depende do facto de os operadores integrados poderem fornecer serviços de transmissão e de conteúdo.

O desenvolvimento tecnológico não conduz ao abandono dos conceitos fundadores das regulamentações em vigor, mas sim ao aprofundamento do seu significado.

O desafio inerente à convergência é, pois, o de saber determinar rigorosamente a razão de ser do direito dos media e da radiodifusão, do direito das telecomunicações e do direito da concorrência para, de seguida, poder traduzir, face aos novos dados e relativamente a cada um destes sectores, os princípios em que aqueles se fundam.

No mesmo sentido se pronunciou o Comité das Regiões que em Parecer sobre o “Livro Verde relativo à Convergência” diz claramente:

[14.3.] *No final do Livro Verde, a Comissão apresenta três opções para a evolução da regulamentação, caso a convergência exija a adaptação das actuais abordagens regulamentares:*

a) procurar partir dos quadros regulamentares existentes e, caso se justifique, alarga-los, em vez de criar novos quadros;

b) criar um novo quadro regulamentar para muitos serviços em linha e interactivos, para coexistir com os actualmente vigentes nas actividades tradicionais de telecomunicações e radiodifusão;

c) procurar criar um quadro global que adopte abordagens regulamentares similares para os três sectores.

[14.4] O Comité das Regiões constata igualmente que, particularmente no respeitante à actividade de radiodifusão, não existe qualquer justificação para a transferência do poder de decisão do nível regional para o nível comunitário.

[14.5] Parte considerável da actual legislação, ou pelo menos os princípios, são directamente aplicáveis aos serviços electrónicos em domínios como os do direito da propriedade intelectual que lhe estão subjacentes e da protecção da privacidade. As necessidades de protecção do consumidor, no comércio electrónico, não diferem fundamentalmente das contempladas nas regulamentações actualmente em vigor.

[14.6] O Comité das Regiões preferiria uma combinação da primeira com a segunda alternativa, ou seja, estabelecer um novo enquadramento para muitos dos serviços em linha e interactivos para coexistir com os que estão em aplicação e os a elaborar.

Assim se garantirá que a nova regulamentação exigida pelas alterações provocadas pelo desenvolvimento tecnológico não rompe os equilíbrios que têm vindo a ser inscritos nessas regulamentações;

Assim se poderá proporcionar o crescimento económico ao mesmo tempo que se atingem objectivos de interesse geral;

Assim se assegurará que os novos serviços electrónicos participarão do papel fundamental que cabe aos media na defesa e promoção da cultura e na consolidação da democracia.

4 – A promoção da criatividade protecção do direito de autor e dos direitos conexos

Quanto a este último ponto, quero apenas deixar uma nota muito breve:

Hoje, mais do que nunca, a *legitimação do direito de autor* se encontra em duas fontes:

– a *reivindicação ético-moral* do autor de lhe ser atribuída a sua obra e todos os direitos que daí decorrem;

– a capacidade do direito de autor de encontrar um *justo equilíbrio entre os interesses dos criadores e os dos intermediários*.

Considerações finais

Em *Parecer*, publicado em 16.01.2001, relativo à Comunicação da Comissão sobre os “Princípios e orientações para a política audiovisual da comunidade na era digital”, o *Comité Económico e Social* (CES) pronunciou-se sobre as quatro questões acima abordadas.

No que respeita à Produção e Distribuição Audiovisual “o Comité insta a Comissão a adoptar as medidas necessárias em relação ao comércio de serviços audiovisuais no âmbito das negociações da OMC, para que os produtos europeus tenham acesso mais fácil a mercados não comunitários. Considera igualmente positiva a possibilidade de a Comunidade e respectivos Estados membros manterem e desenvolverem a capacidade de definir e realizar políticas culturais e audiovisuais que protejam a diversidade cultural”.

Quanto ao **Serviço Público de Radiodifusão** o CES “considera que este cumpre uma série de funções culturais, sociais e democráticas de que todos beneficiam, tendo, por conseguinte importância crucial para garantir a democracia, o pluralismo, a coesão social e a diversidade cultural e linguística; realça que a crescente diversidade de programas fornecida pela comunicação social na

nova envolvente tecnológica releva a importância de entidades radiodifusoras com obrigações de serviço público; entende imperativo manter e desenvolver a capacidade do serviço público de radiodifusão de servir ao público programas e serviços de alta qualidade e acordes ao gosto maioritário, o que passa por uma diversificação de actividades na era digital.”

Sobre o **Quadro Regulamentar da**

Convergência o Comité “acolhe favoravelmente o conceito de que o princípio da proporcionalidade tal como é aplicado aos conteúdos audiovisuais *requer que o grau de intervenção da regulamentação não ultrapasse os limites do necessário para atingir o objectivo pretendido* e que, por isso, a Comunidade pode *gerir melhor as suas actuais mudanças com base nos instrumentos e princípios existentes e, sempre que adequado, pela promoção de iniciativas de auto-regulação*, visando impedir os grandes operadores de definirem as “regras do jogo”. Nesta perspectiva, a legislação comunitária em matéria de audiovisual actualmente em vigor terá de ser rapidamente reajustada, para se encontrar o melhor equilíbrio entre a aplicação dos princípios básicos actuais e a permanente mudança tecnológica.

O Comité Económico e Social afirma claramente a “necessidade de separar a regulamentação dos conteúdos audiovisuais das infra-estruturas de comunicação”; concorda em que “a revolução digital não põe em causa uma política audiovisual que identifique os interesses gerais pertinentes e, sempre que necessário, os proteja pelo processo de regulamentação”; entende que a era digital não pode ser acompanhada da não aplicação de objectivos de interesse público, como a liberdade de expressão e opinião, o pluralismo, a diversidade cultural e linguística, a salvaguarda dos menores e a dignidade da pessoa humana e a protecção do consumidor, convicto de que a protecção e reforço de tais objectivos cumprem uma função vital para a democracia.

Relativamente à **Promoção da Criatividade** o CES concorda com a relevância dada pela Comissão à protecção do direito de autor e ao combate à pirataria e anseia pela adopção da directiva relativa ao direito de autor e direitos conexos (15.02.2001)

Conclusões

Do quadro factual descrito, bem como das declarações em instâncias internacionais, parece ressaltar que:

- quando estão simultaneamente em causa um conjunto de interesses económicos e industriais e as actividades culturais que lhes dão conteúdo, não é possível ignorar os princípios irrenunciáveis constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, sob pena de converter em pura ficção as medidas tendentes a salvaguardar, promover e defender o património cultural e a fomentar o aparecimento de novas criações;
- aos responsáveis políticos pelo sector do audiovisual cabe interpretar os anseios e interesses legítimos de todos os intervenientes no processo de criação, produção e difusão dos bens culturais e, em consequência, tomar decisões que traduzam o equilíbrio desejável entre os direitos em presença.

Acerca dos limites reais e imaginários à regulação do audiovisual em ambiente digital

J. Pegado Liz*

Resumo

O ambiente digital tem características específicas que não podem deixar de influir no modo como a informação, que por ele passa, é produzida e difundida. Quando essa informação se não traduz em «correio» mas se dirige a muitos ou a todos, a necessidade da sua regulação não é contestável. Mas os limites e as formas dessa regulação não podem deixar de ter em conta as características próprias do meio digital.

Abstract

Digital environment has specific characteristics that have direct influence in the way information through it is produced and disseminated. When this information is not e-mail, but is deemed to be addressed to many people or to everybody, the need of its regulation can not be underestimated. However limits and forms of this regulation should take into account the characteristics of digital environment.

* Membro da Alta Autoridade para a Comunicação Social, eleito em representação dos interesses dos consumidores, pelo Conselho Nacional do Consumo.

"Le droit, activité constamment en mouvement, est le coeur de la démocratie. Il n'y a rien de plus démagogique que de l'assimiler à une menace" Dominique Wolton
"Internet: Petit Manuel de Survie", p. 142

1. Razões, Fundamentos e Âmbito da Regulação Audiovisual

1.1. O meio audiovisual é, por sua natureza, um palco em que se defrontam interesses divergentes e onde se afrontam direitos potencialmente conflitantes. É, assim, um terreno onde o litígio pode facilmente ocorrer e onde, por isso, a necessidade da regulação se fez sempre naturalmente sentir.

Ao nível dos interesses divergentes, sobressaem os dos empresários entre si (concorrência, publicidade, audiências, frequências) nas suas relações com os jornalistas (direito de informar) e com os cidadãos consumidores (direito a ser informado).

Mas são igualmente importantes os potenciais conflitos entre os deveres dos jornalistas a informar com verdade e os direitos dos cidadãos à privacidade e à protecção dos seus dados pessoais.

Como não são menos relevantes os conflitos entre a liberdade de expressão e a dignidade das

peçoas, ou entre o pluralismo das opiniões e os critérios jornalísticos do que é notícia ou é noticiável, ou entre a tentação do sensacional e do imediato e o rigor informativo, ou entre a qualidade da programação e os gostos dos consumidores¹.

1.2. Não admira, assim, que, quer ao nível da regulamentação legal, quer ao nível da auto-regulação, desde há muito, nos países que se reclamam do Estado de Direito e de certos princípios constitucionais democráticos, o audiovisual tenha sido objecto de uma atenção particular e de um especial enquadramento normativo, independentemente da natureza, mais ou menos cogente, das normas em causa.

Entre nós, foi, desde logo, a Constituição que definiu alguns dos princípios fundamentais que informam o audiovisual. Assim, e para citar apenas alguns dos aspectos essenciais, com assento e dignidade constitucional, refiram-se, em geral

a) a liberdade de expressão e informação, nas suas vertentes de direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações;

b) a expressa proibição de qualquer tipo ou forma de censura, que impeça ou limite o exercício destes direitos;

c) a garantia de liberdade e de independência dos órgãos de comunicação social perante os poderes político e económico

d) a garantia da possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião, em particular nos meios de comunicação social do sector público;

e) a definição de limites à concentração de empresas titulares de órgãos de informação geral, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas;

f) o reconhecimento dos direitos de antena, de réplica política e de resposta ou rectificação;

g) a instituição de uma entidade administrativa independente a quem incumbe, em especial, assegurar o direito à informação, a liberdade de imprensa, a independência dos meios de comunicação social, a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião e o exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política – a Alta Autoridade para a Comunicação Social.²

Em particular, no que ao audiovisual concerne, a Constituição elevou à dignidade de princípios estruturantes do sector:

a) a garantia de existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e televisão; e

b) a necessidade de licenciamento para funcionamento das estações emisoras de radiodifusão ou de radiotelevisão.³

1.3. A lei ordinária, por seu turno, procurou, embora nem sempre da forma mais conseguida, dar efectiva protecção aos direitos antes enunciados, quer ao nível administrativo, quer civil, quer penal.

Revestem nomeadamente carácter marcadamente administrativo, o licenciamento das rádios e das televisões, bem como a renovação e o cancelamento dos respectivos alvarás e a classificação dos órgãos de comunicação social.

Por outro lado, é, fundamentalmente, o instituto da responsabilidade civil que é chamado a intervir para a compensação dos danos causados por

¹ Uma análise da conflitualidade dos direitos e interesses no domínio da comunicação social pode ver-se no bem elaborado trabalho apresentado pela Prof. Dr^a Ana Roque ao concurso comemorativo do X Aniversário da AACCS, e que lhe garantiu o prémio respectivo, intitulado "*Alta Autoridade para a Comunicação Social: o 1º Mandato como experiência de regulação*", ainda não publicado, pp.107 e sgs.

² Cf. Arts. 26º, 37º a 40º e 42º da Constituição.

³ Cf. Artigo 38º n.ºs. 5 e 6 da Constituição.

infracções cometidas contra os direitos assegurados na Constituição e desenvolvidos na lei ordinária⁴.

Finalmente, uma larga série de violações dos direitos constitucional e legalmente consagrados, encontram protecção contraordenacional ou mesmo penal.

Estão no primeiro caso, designadamente, a inobservância das imposições constantes das Leis da Imprensa, da Rádio e da Televisão⁵, bem como de diplomas complementares.⁶

Caem, por seu turno, no âmbito da protecção penal, a ofensa a valores fundamentais como a honra e a dignidade pessoal, a privacidade, a discriminação racial e religiosa, a instigação pública ao crime, a violação do segredo de Estado, o incitamento à desobediência colectiva, o ultraje de símbolos nacionais e regionais, a violação do segredo de justiça⁷, assim como o exercício ilegal de radiodifusão e de televisão⁸, o atentado à liberdade de imprensa ou de informação⁹, e ainda variadas situações de incumprimento de determinações dos Tribunais e da AACS, abrangidas pela noção geral de crime de desobediência¹⁰.

1.4. Paralelamente, a via da autoregulação encontrou espaço para uma série de iniciativas, à

⁴ Cf. Artº 29º da Lei de Imprensa (Lei 2/99 de 13 de Janeiro), artº 29º da Lei de Rádio (Lei 87/88 de 30 de Julho com a redacção dada pela Lei 2/97 de 18 de Janeiro), artº 59º da Lei de Televisão (Lei 31-A/98 de 14 de Julho), sendo de salientar o regime de responsabilidade solidária dos operadores de rádio e de televisão com os responsáveis pela transmissão de programas pré-gravados).

⁵ Cf. respectivamente o art. 35º da Lei 2/99, o art. 39º da Lei 87/88 e o art. 64º da Lei 31-A/98.

⁶ Como, por exemplo, o Dec. Lei 74/82 de 3 de Março (depósito legal), o Dec. Lei 130/97 de 27 de Maio (licenciamento e alvarás), a Lei 1/99 (estatuto do jornalista), o Dec. Lei 37-A/97 de 31 de Janeiro (incentivos do Estado à comunicação social), o Dec. Lei 330/90 de 23 de Outubro (publicidade, a Lei 91/97 de 1 de Agosto (telecomunicações), etc..

⁷ Cf. os artigos 180º a 190º, 240º, 297º e 298º, 316º, 322º e 323º, 328º, 330º, 332º e 371º do Código Penal.

⁸ Cf. art. 31º da Lei 87/88 e art. 61º da Lei 31-A/98.

⁹ Cf. art. 33º da Lei 2/99, art. 19º da Lei 1/99, art 63º da Lei 31-A/98.

¹⁰ Cf. art. 32º da Lei 2/99, art. 35º da Lei 87/88, art. 62º da Lei 31-A/998 e art. 7º nº 5 da Lei 43/98.

margem ou em complemento da regulamentação legal.

É o caso, desde logo, do Código Deontológico dos Jornalistas¹¹, no seguimento, aliás do Código de Honra do Jornalista¹² e onde se dá expresso acolhimento a importantes normas de conduta dos jornalistas, de que se destacam a obrigação de relatar os factos com rigor e exactidão, interpretando-os com honestidade e evitando o sensacionalismo, o dever de utilizar meios leais para obter informações, imagens ou documentos, a obrigação de não revelar as fontes confidenciais de informação, o dever de salvaguardar a presunção de inocência dos arguidos até transito em julgado das sentenças, o respeito pela privacidade dos cidadãos, a rejeição de qualquer forma de tratamento discriminatório em função da cor, da raça, do credo, da nacionalidade ou do sexo, e, acima de tudo o dever de combater a censura em qualquer das suas formas.

Mas importa recordar também o Acordo sobre a representação da violência na televisão, firmado, em 1997, por todos os operadores televisivos, mediante impulso dado pela AACS, acordo que, revisto todos os anos, contem a adopção de uma sinalética informativa comum sobre o grau de violência do programa, a divulgação da referida sinalética nos noticiários sobre programação, a criação de *spots* promocionais sobre filmes e séries adequadas a diversos tipos de público e informação específica sobre programação infantil e juvenil.

1.5. O modelo nacional de regulação que se deixou descrito, embora contendo especificidades que lhe são próprias e características que não são generalizáveis, corresponde, nas suas linhas gerais, a uma aproximação que é comum nos países

¹¹ Aprovado em 4 de Maio de 1993 em Assembleia Geral do Sindicato dos Jornalistas.

¹² Aprovado em Congresso de Jornalistas Profissionais, em Munique, em 1971.

democráticos ocidentais e que tem, ultimamente, vindo a ser adoptado em países africanos e asiáticos.

Pelos motivos que lhe estão na origem, pelos interesses que procura compatibilizar e pelos direitos que pretende tutelar, embora com diferenças ao nível orgânico e funcional, poderemos afirmar que uma fórmula de regulação do audiovisual, com os contornos da que se deixou esboçada, satisfaz valores fundamentais inscritos em qualquer programa político de base democrática.

Pode, assim, considerar-se um dado adquirido nos meios tradicionais do audiovisual.

2. Das Características do Ambiente Digital e dos Limites à sua Regulação

2.1. Com o aparecimento das chamadas “novas tecnologias”, com o advento de uma dita “sociedade da informação” e com a vulgarização da utilização da Internet, gerou-se, em alguns meios e mesmo junto de alguns líderes de opinião mais deslumbrados com os progressos sociais daí aparentemente resultantes, a ideia de que se estaria perante um fenómeno totalmente novo, de características tais que o colocaria acima ou além de qualquer regulação, um ambiente onde o direito não teria cabimento, um meio da mais pura liberdade sem restrições¹³.

2.2. Com tudo o que já se escreveu sobre as novas tecnologias da informação, e para um público

¹³ Como se pode ler em Relatório do Conselho de Estado francês, intitulado “*Internet et les réseaux numériques*”, a Internet constituiria “*um novo espaço de expressão humana, um espaço internacional que transcende as fronteiras, um espaço descentralizado que nenhum operador nem nenhum Estado domina inteiramente, um espaço heterogéneo onde cada qual pode agir, exprimir-se e trabalhar, um espaço de total liberdade*” (Nota 41, p. 56).

de especialistas ao qual a presente publicação se dirige, seria verdadeiro *non-sense* tomar mais do que algumas linhas para realçar as principais características do novo ambiente digital.¹⁴

Sem grande preocupação sistemática poderemos considerar que o novo ambiente digital se caracteriza, designadamente, por:

a) uso, por diferentes sectores, como as telecomunicações, a informática, o audiovisual, a publicidade, a informação e o divertimento, a imprensa, o filme, a edição, a própria administração pública, das mesmas tecnologias de base – a chamada “convergência”¹⁵;

b) emergente fusão, quando não mesmo confusão, dos vários operadores dos diferentes sectores de actividade em causa, com a consequente concentração das respectivas empresas;

c) multiplicidade de novos intervenientes que intermedeiam o acesso ao meio pelo utilizador final, e que vão desde os detentores das infraestruturas de telecomunicações aos seus operadores, dos que facultam o acesso às redes aos prestadores de serviços telemáticos, dos produtores aos fornecedores de conteúdos, e, finalmente, aos utilizadores, que podem não ser ainda os consumidores finais, numa teia complexa de relações jurídicas contratuais e extracontratuais¹⁶;

¹⁴ Nesta abordagem socorri-me antes de mais, dos ensinamentos colhidos em três acontecimentos em que tive oportunidade de participar directamente: em 1998, o “International Seminar: an Overview of the Information Society” onde foi lançado o “Livro Verde para a Sociedade de Informação em Portugal”; em 1999, no 11º Forum do Cinema e da Televisão, dedicado a “Global and Local: the choices facing the european audiovisual industry”; e em Fevereiro de 2000, a “Conference on Digital Terrestrial Television (DVB-T)”, realizada em Portugal, no âmbito da presidência da União Europeia.

¹⁵ Numa das suas acepções possíveis – sobre o conceito, as formas e os sentidos da “convergência” ver, designadamente “*La régulation des services audiovisuels sur Internet: enjeux et problématique*”, Nota prepatória para o Sommet Mondial des Régulateurs de l’Audiovisuel, Paris, 30 Nov/1 Dec 1999, ponto 1.3.

d) o aparecimento de novos serviços e o desenvolvimento dos existentes com alegados ganhos de qualidade, de rapidez, de eficiência, de possibilidades acrescidas de escolha e acesso facilitado, quando não totalmente livre;

e) com importantes e bem conhecidas ou, pelo menos, desejáveis consequências não só ao nível macro-económico, no crescimento, na concorrência e no emprego¹⁷;

f) bem como ao nível das empresas, dos trabalhadores e dos consumidores.¹⁸

2.3. No que, em particular, respeita ao domínio tradicional dos media é também sabido como as técnicas digitais vão afectar (estão a afectar!) toda a cadeia da comunicação pública, em aspectos como

a) a aplicação das técnicas de compressão à informação que assegurará uma multiplicação audiovisual da capacidade dos canais de transmissão¹⁹;

b) a utilização simultânea, no mesmo meio e com o mesmo suporte, da informática, da rádio, da televisão, do telefone, do correio electrónico, do *tele-shopping*, da video-conferência, do *tele-banking*, da tele-medicina, combinando-os, aleatoriamente, entre eles;

c) a interactividade em directo, com a participação activa, simultânea e recíproca de vários intervenientes;

d) o armazenamento de informações e de programas e os sistemas *pay per view* (PPV) e *video on demand* (VVD) ou *near video on demand* (NVVD), com a possibilidade do seu uso selectivo e discricionário, a qualquer momento.

A própria distinção clássica entre comunicação pública e comunicação privada é posta em causa neste novo ambiente, com perplexidades acrescidas em domínios tradicionalmente bem definidos, como os direitos de autor, a privacidade e a protecção de dados pessoais, a separação entre publicidade, patrocínio, informação, divertimento e comércio.²⁰

¹⁶ Sobre os tipos específicos de relações contratuais emergentes no cyberspaço e sua caracterização e regime jurídico, ver, em particular *"Guide Juridique de l'Internet"*, Pierre Breese, Col. *Entreprendre Informatique*, Vuibert, Paris, 2000, *"Internet, aspects juridiques"*, 2ª ed. 1998 e *"Le Multimédia et le Droit"*, 8ª ed, Hermes, Paris, 1998, ambos de Alain Bensoussan, *"Cyberspace and the Law"*, Edward A. Cavazos e Gavino Morin, 2ª ed. M.I.T., USA, 1994, *"Law & Internet"*, Lilian Edwards & Charlotte Waelde, Hart Publishing, Oxford, 1997, *"Les contrats informatiques"*, Phillipe Le Tourneau, Dalloz, Paris, 1997, *"Internet and the Law: Legal Fundamentals for the Internet User"*, Raymond A. Kurz, G.I., Rockwelle, Maryland, 1996, *"Law in a Digital World"*, M. Ethan Katsh, Oxford, 1995, *"Le Droit du multimedia: De la telematique à l'Internet"*, Pierre Huet e outros, AFTEL, 1996, Paris, *"Droit et intelligence artificielle: Une révolution de la connaissance juridique"* Danielle Bourcier e outros, Romillat, Paris, 2000, *"Cyberdroit – Le droit à l'épreuve de l'Internet"* 2ª ed. Christianne Feral-Schuhl, Dalloz, Dunod, Paris, 2000 e *"Internet: le droit du cybercommerce"*, Francis Baillet, Stratégies, Issy-les Moulineux, 2000.

¹⁷ Bem evidenciadas no *"Livro Branco da Comissão"* (COM (93) 700, Bol. CE, Supl. 6/93) e no Relatório Bangemann sobre *"A Europa e a Sociedade de informação planetária"* (1994).

¹⁸ Bem estudadas, por ex, no Relatório dos Peritos de Alto Nível *"Construir a Sociedade Europeia de Informação para todos"* (1996).

2.4. Por todas estas razões, houve já quem comparasse a Internet à descoberta da roda, e a telemática à invenção da imprensa, embora outros tenham sublinhado que, muito mais importante, no domínio dos meios de comunicação, terá sido a invenção da máquina a vapor, que possibilitou o aparecimento do comboio, ou mesmo da passarola, que esteve na origem do avião, sendo que o que teria sido esperável no início do século XXI seria, não uma mera extensão do telefone – que é o que, basilarmente, a tecnologia subjacente à Internet efectivamente é – mas o teletransporte,

¹⁹ A passagem, por ex., de 209,3 Mb/s a 4,5 Mb/s para imagens de televisão de qualidade habitual.

²⁰ Cf. sobre esta matéria, *"Des Autoroutes de l'Information à la Démocratie électronique"*, relatório apresentado ao Conselho da Europa por C. LAMOULINE e Yves POULLET, Bruylant, Bruxelles, 1997, Cap. II, pp. 47 e sgs.

que a ficção científica já “inventou” há mais de 40 anos.

Seja como for, será que os desafios que se põem hoje à sociedade organizada e, conseqüentemente, ao direito, que é suposto regulá-la, num mundo civilizado, embora sempre com o consabido atraso que lhe é inerente, serão idênticos?²¹

A este propósito não posso deixar de citar dois trechos de dois autores porque eles me parecem paradigmáticos para o tema abordado.

O primeiro é de Umberto ECO, no seu livro admirável *“Kant e o ornitorrinco”*²²:

“Marco Polo, ao chegar a Sumatra, viu (mas só hoje é que o sabemos) rinocerontes.

Eram animais que ele nunca tinha visto. Por analogia com outros animais conhecidos, ele distingue o corpo, as quatro patas e o corno. Ora a sua cultura punha à sua disposição a noção do unicórnio, o qual era definido justamente como um quadrúpede com um corno na cabeça. Marco Polo designa por isso esses animais como unicórnios.

Depois, cronista honesto e rigoroso, apressa-se a dizer que esses unicórnios são no entanto muito estranhos, porque não são brancos nem elegantes, mas têm “o mesmo pelo que os búfalos, os pés como elefantes”, o corno é preto e sem graça, a língua espinhosa e a cabeça como de um javali”.

Ou seja, em vez de aceitar que se tratava de uma espécie nova, Marco Polo integra a realidade desconhecida num conceito adquirido, ainda que mítico, da sua cultura, destacando, no entanto, as diferenças.

A posição comum dos políticos e dos juristas, em face das novas tecnologias da informação e, em particular, da Internet e da convergência dos

“media”, tem, a meu ver, sido, em muitos aspectos, idêntica à de Marco Polo.

Perante um fenómeno novo, desconhecido, tem-se procurado reconduzi-lo àquilo que já é conhecido. Em vez da sua especificidade, ainda que aceitando que pode desafiar qualquer classificação, como o ornitorrinco, tem-se procurado sublinhar as diferenças e as dessemelhanças em relação a algo com que se insiste em compará-lo ou confundi-lo, como se fosse da mesma espécie, da mesma natureza, só que diferente.

A segunda citação é do Juiz do Tribunal Arbitral belga, Paul Martens:

“Relativamente à questão das novas tecnologias, o direito está dividido em dois discursos antagónicos: um é lírico, ingénuo, optimista e progressista; é o dos informáticos, dos banqueiros, dos aventureiros, dos tecnocratas.

O outro é virtuoso, defensivo, pessimista e reaccionário; é o dos humanistas, dos nostálgicos, dos homens da imprensa e dos envergonhados.

*“Grosso modo”, o primeiro é americano, o segundo europeu, mas a partilha é arbitrária e desequilibrada: há muitos traidores no velho continente”*²³

Sem me considerar propriamente um traidor às velhas tradições jurídicas europeias, que partilho, por formação e prática de cerca de 40 anos, e sem entrar no coro dos que, ingénuos, estultos, ou movidos por interesses pouco claros e não confessados, só vêm benefícios e vantagens na desregulação total das novas tecnologias, julgo que há lugar para uma aproximação frontal e ousada, não puramente defensiva, a um novo quadro jurídico para os novos “media” num novo ambiente digital.

2.5. Não me considero tão optimista – ou completamente néscio – ao ponto de pensar que o

²¹ Uma excelente análise dos desafios e dos limites que o Direito enfrenta nas suas relações com a Internet pode ver-se em *“Internet et nos fondamentaux”*, Jean Marie Chevalier e outros, PUF, Paris, 2000, em particular no capítulo sobre *“Les bouleversements du droit par Internet”*, de Marie-Anne Frisson-Roche, pp. 37 e sgs.

²² Ed. Grasset, Paris, 1999, p. 61.

²³ *“La vie privée est-elle soluble dans l'éther?”* in *“Libertés Droits et Réseaux dans la Société de l'Information”*, ULB, Bruylant, 1996, p. 181.

desenvolvimento dos “media” no novo ambiente digital, não põe quaisquer problemas que o próprio mercado, por si só, não resolva.²⁴

Como ninguém defenderá hoje que a utilização da roda, nos meios de transporte por terra, se pode fazer sem Códigos da Estrada, afirmo, sem ambiguidades nem hesitações, que deve ser claramente formulado um quadro jurídico adequado às novas tecnologias em geral e, em particular, para a sua utilização pelos “media”, o que, aliás, já está em concretização em vários países.²⁵

E defendo, ainda, contra os que pensam que tal regulação não é urgente, que, ao contrário, é agora, já deveria mesmo ter sido há mais tempo, o momento de definir os parâmetros legais para o efeito²⁶.

A primeira vez que, há cerca de 6 anos, tomei pública posição sobre a sociedade da informação, chamei-lhe fenómeno “*incontornável, mas não incontrollável*”²⁷.

²⁴ Penso, ao contrário, com Mona Chollet, que “*ceux qui rejettent toute intervention de l'État rêvent de légereté, d'un décollage du réel, d'une sécession avec la société, perçue comme un boulet – tentation que la philosophie libérale dédouane à bon compte, en feignant de croire que les nouvelles technologies offrent à chacun une chance de réussite. (...) Or le réseau n'est pas un éther détaché du monde réel, peuplé de ces créatures ectoplasmatiques barbares et incultes qu'on nomme “internauts”, mais le reflet de la société: il en reproduit et en prolonge la diversité, la bêtise, la saloperie, l'intelligence, la générosité, l'inculture ou la culture*” (in “*Marchands et citoyens: la guerre de l'internet*”, L'atolante, Nantes, 2000, pp. 104 e 106).

²⁵ Descrição dos sistemas de regulação em vigor em vários países europeus pode ver-se em “*Droit européen comparé d'Internet*” G. Chatillon, Bruylant, Bruxelles, 2000, e, no aspecto da responsabilização dos vários intervenientes, “*International Media Liability: civil liability in the Information Age*” Christian Campbell, WILEY, Chichester, 1997, interessantíssimo estudo de direito comparado dos sistemas da Austrália, do Canadá, da Inglaterra, da França, da Alemanha, do Japão, da Holanda, da Nova Zelândia, da Escócia, da Espanha e dos EUA.

²⁶ A posição de que “*não há urgência em regulamentar o quadro jurídico dos conteúdos audiovisuais na Internet*” foi defendida, nomeadamente, pelo CSA, numa síntese, aliás brilhante, feita a propósito do “*World Summit for Regulators*” (30NOV/1DEZ1999) (ver Editorial de “*La lettre du CSA*” nº 121, Oct. 1999, intitulado “*Internet: les nouvelles frontières de la régulation*”).

²⁷ In “*Os consumidores e as auto-estradas de informação*” QUATIC95, “*O Consumidor*” nº 58, JAN/FEV 96, p. 20).

Mantenho exactamente a mesma posição. A questão não está entre o direito ou a ausência dele, mas em saber que direito e por que meios.

2.6. Vários são com efeito os desafios que se põe, desde logo aos políticos, na definição dos parâmetros de organização e de exploração das novas tecnologias e dos objectivos, de índole social e cultural, que devem prosseguir, mas também às autoridades de regulação, aos advogados e juizes, encarregados de conceber o normativo, de o interpretar e de o aplicar, de forma clara, segura e eficaz.

Destacarei alguns dos que me parecem ser mais relevantes.

2.6.1. Aos Governos compete antes de mais, garantir as condições para uma utilização segura das novas tecnologias e, em particular, a Internet, que é, neste domínio paradigmática^{28 29}.

São, com efeito, várias as ameaças a valores fundamentais e a interesses legítimos que podem advir da sua utilização³⁰.

Deixo, obviamente, de lado domínios importantes, mas não directamente respeitantes ao tema, como sejam os direitos de autor³¹, o correio electrónico³² e a própria pirataria informática³³.

²⁸ Além da Internet, são de referir, igualmente a NIIT (National Information Infrastructure Testbed) e a NREN (National Research and Education Network) criada pelo senador Al Gore em 1989.

²⁹ Conforme expressamente fez questão de enunciar como “*primeira prioridade do Governo*” francês, o 1º Ministro Lionel Jospin, em intervenção já histórica na Assembleia Nacional, em 10 de Outubro de 2000.

³⁰ Cf. p. ex. “*La société de l'information: Sécurité et Insécurité*”, Luc GOLVERS, in “*Libertés, Droits et Réseaux dans la Société de l'Information*” Col. Fac. Droit, ULB, 1996, pág. 155

³¹ Directiva 96/9/CE de 11.03.96 in J.O. Nº L-77 de 27.03.96; cf. a recente decisão judicial do Tribunal de 2ª instância de S. Francisco no caso “*Napster*”.

³² Directiva 31/2000/CE de 08.06.2000, relativa a a certos aspectos legais dos Serviços da Sociedade da Informação e, em especial do comércio electrónico e o mercado interno e

Concentro-me, e enumero apenas alguns dos aspectos mais relevantes para uma utilização segura das redes, no âmbito do tema desta reflexão:

a) a segurança física das pessoas, ameaçada pela facilidade com que se acede a instruções para a confecção de bombas, a produção e o consumo de drogas, actividades terroristas, etc...;

b) a dignidade humana, ameaçada pelo incitamento à violência, à discriminação racial, à xenofobia;

c) a intimidade da vida privada, ameaçada pelo acesso ilegal e não autorizado a dados pessoais³⁴ e pelo assédio electrónico;

d) a honra e a reputação, ameaçadas pela calúnia e pelas injúrias, gratuitas e irresponsáveis;

e) e, finalmente, a protecção dos menores, objecto seja de formas abusivas de marketing e de publicidade a eles dirigidos ou utilizando-os, seja de conteúdos violentos e pornográficos, seja, em última e mais abjecta aberração, transformando-os em objecto de comportamentos sexuais desviados³⁵.

Directiva 97/7/CE de 20.05.97 relativa às vendas à distância; cf. também *"Le commerce électronique – aspects juridiques"* Alain BENSOUSSAN, Hermes, Paris 1998.

³³ Cf. *"Les contrats informatiques"*, Philippe le TOURNEAU, Dalloz, Paris 1997; igualmente *"The Electronic Frontier: the challenge of unlawful conduct involving the use of the internet"*, a report of the President's Working Group on unlawful conduct on the internet, March 2000 (EUA) e *"La criminalité informatique"*, Daniel Martin, PUF, Paris, 1997; ver ainda a este propósito, a recentíssima Comunicação da Comissão *"Criar uma Sociedade da Informação mais segura reforçando a segurança das infraestruturas de informação e lutando contra a cibercriminalidade"* (COM(2000)890, final), para cujo Parecer do CES fui designado como perito.

³⁴ Cf. Directiva 95/46/CE de 24.10.95 in JO nº L-281 de 13.11.95

³⁵ Sobre a regulação na Internet em geral, e do comércio electrónico em especial ver *"Guide Juridique de l'Internet et du commerce électronique"* Pierre BRESSE, Vuibert, Paris, 2000; sobre o tema da protecção de menores face ao audiovisual e às novas tecnologias recorda-se a importante iniciativa levada a cabo, em Outubro do ano transacto, pela Fundação Luso Americana, pela DECO e pela ERICA, em Lisboa, pela qualidade dos intervenientes e a profundidade do debate.

O Plano de Acção da Comissão com vista a promover uma utilização segura da Internet³⁶, constitui neste domínio, uma primeira aproximação a estes problemas, que se deve saudar pelo inventário das opções e pela natureza das medidas propostas.

Não pode, no entanto deixar de lamentar que, até agora, a resposta dos Estados-membros não tenha estado à altura do que seria desejável, e que várias propostas constantes do Parecer do CES sobre esse Plano não tenham merecido melhor acolhimento³⁷.

2.6.2. Por outro lado, uma das maiores preocupações para os Governos deve ser a de assegurar que as indústrias dos novos meios tecnológicos tenham as condições indispensáveis para se desenvolverem.

Uma dessas condições, claramente assumida pela Comunidade Europeia, e sucessivamente adoptada e implementada nos Estados-membros, é a que se refere ao fim dos monopólios estatais nos domínios das telecomunicações e a garantia de uma cada vez maior concorrência no espaço da U.E. que, no entanto, não ponha em causa a prestação de serviços essenciais, com carácter de universalidade e garantia de qualidade.

Inúmeros actos legislativos têm sido produzidos neste sentido, com tradução, mais ou menos pronta, nos direitos internos dos Estados-membros com o duplo objectivo de assegurar a concorrência e de garantir os direitos dos consumidores a serviços de qualidade, sem discriminações, sem interrupções e a custo acessível³⁸.

³⁶ Comunicação da Comissão ao Conselho ao PE, ao CES e ao CR (Com (97) 852 final de 26.11.97).

³⁷ Parecer 627/98 do CES de 29.04.98, de que foi relatora a Sr^a DRIJFOUT – ZWEIJTZER.

³⁸ É de salientar, a este propósito, o conjunto de propostas da Comissão relativas à regulação comunitária das redes e serviços de comunicações electrónicas, de que se destacam a Directiva-Quadro (COM(2000)393), a Directiva relativa às autorizações (COM(2000)386), a Directiva relativa ao acesso e interligação das redes (COM(2000)384), a Directiva relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade

2.6.3. Uma outra área de preocupações e de desafios que se levantam aos poderes políticos com tradução no quadro legal e normativo, prende-se com os estímulos que devem ser dados no sentido criar condições favoráveis ao desenvolvimento da indústria dos conteúdos multimédia, bem como à sua distribuição e à formação profissional nesta área.

Nesse sentido salientam-se não só a Directiva fundamental nesta matéria – a Directiva “TV sem fronteiras”³⁹ – mas também a Decisão do de 20 de Maio de 1996⁴⁰ que instituiu um Programa Comunitário Plurianual destinado a estimular o desenvolvimento duma indústria europeia do conteúdo multimédia e a encorajar a utilização do conteúdo multimédia na nova Sociedade da Informação.

Já nos finais de 1999, salientam-se a Comunicação da Comissão relativa a um projecto de Programa de Apoio à indústria audiovisual europeia (Media Plus 2001-2005) e as Propostas de Decisão do Conselho relativas a um Programa de Formação para profissionais da indústria europeia dos programas audiovisuais (Media-Formação) e a um Programa de estímulo ao desenvolvimento, à distribuição de obras audiovisuais europeias (Media Plus – Desenvolvimento Distribuição e Promoção)⁴¹.

(COM(2000)385), o Regulamento relativo à oferta separada de acesso à linha de assinante (COM(2000)394), e, em particular as relativas a uma Decisão do Conselho que adopta um programa plurianual para estimular a utilização de conteúdos digitais europeus nas redes mundiais e promover a diversidade linguística na sociedade da informação (COM(2000)323) e a uma Directiva relativa ao serviço universal e os direitos dos utilizadores em relação às redes e aos serviços de comunicações electrónicas (COM(2000)392). Pelo interesse das posições assumidas, aconselha-se a consulta do conjunto dos Pareceres do CES sobre estas propostas, relativamente aos quais tive o privilégio de ter sido nomeado como perito, quer do CES, quer, em especial, do Relator do Parecer sobre o serviço universal, D. Hernandez Bataller.

³⁹ Directiva 89/552/CE de 3.10.89 modificada pela Directiva 36/97/CE de 30 de Junho de 1997.

⁴⁰ Decisão 96/339/CE, in JO N° L 129 de 30/05/96

⁴¹ Com (1999) 658 final, de 14.12.99.

2.6.4. Mas um dos principais desafios dos Governos e dos reguladores em manejar esta nova realidade é a consciência, que deverão ter, de que não será exclusivamente, ou sequer predominantemente, munidos do seu “jus imperii” que o poderão fazer, mas buscando, pela via do diálogo, da concertação e em associação com os vários interessados, as fórmulas que reünam o maior consenso possível entre todos.

Apesar de, numa abordagem superficial, poder parecer que os interesses dos vários intervenientes no processo da criação, do desenvolvimento e da utilização das novas tecnologias são divergentes e inconciliáveis, uma análise mais profunda permite destacar os interesses comuns, os pontos de encontro, os compromissos possíveis.

Procurar, pela via do diálogo, a concertação de interesses, unindo esforços com a comunidade empresarial e a sociedade civil, na descoberta dos objectivos comuns e na melhor forma de satisfazer as expectativas de cada um, será uma das mais importantes missões que, neste domínio, caberá aos poderes constituídos.

2.6.5. Esta orientação tem consequências evidentes não só ao nível da própria concepção do direito que deve reger as relações entre os vários interessados, e onde avulta o papel da “soft law”, do direito não cogente, dos Códigos de Conduta e de Boas Práticas, no sentido da chamada “proceduralização do direito”⁴², mas igualmente ao nível dos meios de resolução de conflitos, que devem, decisivamente, ser retirados dos Tribunais, para passarem para o domínio dos meios alternativos de resolução de disputas (ADR), com a instituição, no limite, de mecanismos de arbitragem específicos para os litígios emergentes de

⁴² Não tanto no sentido de I. HABERMAS, “*Théorie de l’agir communicationnel*”, Fayard, Paris, 1987, mas antes na concepção de Jacques LENOBLE, “*Droit et communication*”, Humanités, Cerf, Paris, 1994.

diferendos internacionais sobre o uso das tecnologias digitais.⁴³

2.6.6. Como, apesar de diferente, o rinoceronte sempre pertence ao género animal, assim também na utilização, pelos media, do novo ambiente digital, existem princípios essenciais, valores imutáveis, direitos inalienáveis e interesses legítimos que devem ser salvaguardados, assegurados, protegidos e garantidos.

Um dos principais, senão o mais importante dos desafios lançados aos governos, em todo o mundo, e aos legisladores, quer a nível nacional, comunitário e, mesmo internacional, é a forma de assegurar o respeito por tais princípios, valores e direitos, que constituem património cultural do mundo civilizado. Refiro-me, em particular, à dimensão humana e democrática da comunicação, tão bem sublinhada na Conferência de Ministros de Cracóvia sobre a política das comunicações de massa, em particular na sua vertente de garantia do equilíbrio entre a liberdade de expressão e de informação, o interesse público, e os direitos ao respeito da vida privada, da dignidade humana e da integridade moral⁴⁴.

Penso, em particular na promoção da diversidade cultural e linguística, na liberdade de expressão e no direito de resposta, no pluralismo dos serviços e dos conteúdos e no confronto de opiniões, na protecção dos autores e das suas obras, e na protecção de menores e de outros públicos sensíveis⁴⁵.

⁴³ Cf. "Alternatives to litigation in International Technology Disputes" Leslie G. Berkowitz, Law Info Forum; cf. igualmente as experiências já existentes do "Cyber Tribunal" do Canadá, do "Virtual Magistrate" e do "On line Ombuds Office" dos EUA descritas por Mireille ANTOINE, Didier GOBERT e Anne SALAUN, in "Les Nouveaux Métiers de la confiance", in Cahiers 16 du Cerf, já citado, pp. 21 e seguintes.

⁴⁴ No seu Livro Verde relativo a "Viver e trabalhar na sociedade de informação: prioridade à dimensão humana", a Comissão manifestou, pela primeira vez, preocupações desta natureza. (Bol. UE, Supl. 3/96 Doc.Com (96) 389 final).

⁴⁵ Como aparece bem enunciado na Comunicação da Comissão relativa aos "Princípios e Linhas Directrizes da Política Audiovisual da Comunidade na Era Digital" (COM(1999)657 final, de 11.12.1999).

2.6.7. É neste domínio que princípios fundamentais como os da necessidade, da proporcionalidade e da subsidiariedade, ganham novos contornos e novo ênfase⁴⁶.

Bem como a necessidade, que se defende, de adoptar aproximações distintas na regulação do transporte dos sinais electrónicos e das infraestruturas de um lado, e de outro, dos conteúdos, incluindo o audiovisual.⁴⁷

Como distinta deve ser a regulação e a punição dos conteúdos ilícitos, cujos contornos devem ser harmonizados, e dos conteúdos meramente prejudiciais ou lesivos, relativamente aos quais será, no entanto, possível dar passos no sentido da aproximação das legislações; ou a definição clara de aspectos de interesse geral e da sua protecção por lei cogente⁴⁸; ou o reconhecimento, mesmo no novo meio digital, do papel do serviço público de radiodifusão⁴⁹, eventualmente com a redefinição dos parâmetros do Protocolo 32 do Tratado de Amesterdão; ou, finalmente, a definição de obrigações de "must carry" e de serviço universal, em ordem a garantir o acesso efectivo e não discriminatório de todos os consumidores a conteúdos essenciais⁵⁰.

⁴⁶ Relativamente aos controlos de conteúdo e o princípio da proporcionalidade ver "Des Autorités de l'information à la Démocratie Electronique", citado, pp. 66 e sgs.

⁴⁷ A própria noção de conteúdo sofreu uma profunda transformação. Como diz Mona Chollet "le mot même de "contenu" est devenu une notion-clé de la nouvelle économie - c'est à dire qu'il signifie désormais exactement le contraire ... de ce qu'il signifie. Lorsqu'un entrepreneur de l'Internet parle de "contenu" il faut s'attendre a une vacuité sidérale" (in "Marchands et citoyens.la guerre de l'Internet" já citado, p. 42)

⁴⁸ Cf. "Governance in "Cyberspace": Access and Public Interest in Global Communications" Klaus W. Grewlich, Kluwer Law International, Haia, 1999

⁴⁹ Como foi claramente enunciado e defendido na reunião dos Ministros da Cultura e do Audiovisual em Lille, no mês de Julho de 2000.

⁵⁰ A noção de "serviço universal" nascida nos EUA, no domínio das telecomunicações ganhou novo ênfase com a "National Information Infrastructure Policy" definida por Clinton e Al Gore. Além dos conteúdos clássicos da noção é necessário juntar-lhe hoje as obrigações de acessibilidade, de interconexão e de interoperabilidade das redes, como resulta, nomeadamente da Comunicação da Comissão de 15.11.93

E, questão a que sou particularmente sensível – e não só por razões de ofício – a redefinição do papel e da natureza mesma, das instâncias de regulação, a quem deve competir, a nível nacional, um papel decisivo na concretização e na efectivação dos normativos, sejam de ordem cogente, sejam de mera auto-regulação ou, preferencialmente de co-regulação.⁵¹

Isto sem deixar de abrir a porta a ideia que me é particularmente cara, que será a da criação de um Ombudsman para o audiovisual a nível europeu, ou mesmo internacional, como já foi, a justo título, defendido por alguém.⁵²

2.6.8. Há, no entanto, que ter uma noção bem clara e uma consciência nítida, que estamos a tratar de um fenómeno cuja natureza e dimensões extravasam claramente as fronteiras dos Estados e da própria União Europeia, para se por a uma escala mundial, global ou planetária como alguns preferem dizer.

sobre o “Desenvolvimento de um serviço universal num ambiente concorrencial”, da Resolução 94/48/CE do Conselho de 07.01.94 sobre os “princípios em matéria de serviço universal no sector das telecomunicações” (JO N° C-48 de 16.07.94), da Comunicação de Comissão de 03.05.95 relativa “a consulta sobre o Livro Verde sobre a liberalização das infraestruturas de telecomunicações e as redes de televisão por cabo” (COM(95)158 final), e da Directiva 95/62/CE de 13.12.95 relativa à “aplicação do fornecimento de uma rede aberta (ONP) à telefonia vocal” (JO N° L-321 de 30.12.96). Particularmente importante, a este propósito é a recentíssima proposta de Directiva da Comissão relativa “ao serviço universal e os direitos dos utilizadores em relação às redes e serviço de comunicações electrónicas” (COM(2000) 392 final, de 12.09.2000) em consulta, neste momento, junto do PE e do CES.

⁵¹ Sobre a análise comparada da regulação da rádio e televisão na Europa, ver “La police de l’audiovisuel”, Francois JOGEN, UCL, XXV, Bruylant Bruxelles, 1994; cf. o recente “UK White Paper on communication law review”, em que se anuncia a criação, em Inglaterra, do OFCOM, por fusão e integração de vários organismos que, sob diferentes ângulos, se ocupam da regulação do ambiente audiovisual em ambiente digital.

⁵² Cf. J. J. LAVENUE “Cyberspace et droit international: pour un nouveau jus communicationis”, in Revue de la Recherche Juridique, 1996/3, pp. 811 e sgs.

Não só os Estados europeus como a própria União Europeia na definição das suas orientações políticas e na implementação das medidas legislativas ou regulamentares, devem ter em atenção a necessidade de reforçar a coordenação internacional, como já foi suficientemente assumido na Comunicação da Comissão sobre a mundialização da sociedade de informação⁵³ e, ainda mais recentemente na Comunicação da Comissão sobre a organização e a gestão da Internet – Desafios internacionais e europeus 1998-2000⁵⁴.

A necessidade de um quadro técnico e jurídico harmonizado a nível mundial, se é certo que se defronta com problemas aparentemente inultrapassáveis – e, no que em particular ao direito diz respeito, com a ausência de uma estrutura legislativa mundial e as dificuldades inerentes de aplicação das normas de direito internacional privado dos vários Estados-membros – não deverá levar ao abandono da via da concertação e da negociação nas várias instâncias internacionais competentes.⁵⁵

2.6.9. Nesta aproximação julga-se que, em vez da busca ambiciosa, e talvez utópica, de um quadro jurídico global e uniforme⁵⁶, se deve antes progredir por pequenos passos, como sabiamente aconselhava Jean Monet para a construção da Europa unida – delimitando matérias, definindo claramente objectivos e avançando com soluções concretas e harmonizadas, pela via convencional, bilateral ou multilateral.

⁵³ COM(1998)50 final; cf. igualmente a Comunicação “Assegurar a segurança e a confiança na comunicação electrónica” (COM(97)503 final).

⁵⁴ COM(2000)202 final de 11.04.2000.

⁵⁵ Cf. “L’Europe et les enjeux du GATT dans le domaine de l’audiovisuel”, Carine Doutrelepont e outros Bruylant, Bruxelles, 1994.

⁵⁶ Ao fim e ao cabo ainda não foi possível harmonizar os Códigos da Estrada nem as tomadas eléctricas!

De parte não se põe, contudo, uma sugestão avançada, nesta sede, pela Comissão e que não posso deixar aqui de reforçar – a ideia de uma Carta Internacional de conteúdo não cogente, sobre as melhores maneiras de chegar a uma aproximação comum destas matérias.⁵⁷

Sem deixar de considerar as dificuldades desta abordagem⁵⁸ é importante lembrar que ela se insere na perspectiva da “proceduralização” do direito⁵⁹ que me é particularmente grata, e que consiste, mais do que em estabelecer normas imperativas, em coordenar processos ou meios de chegar à harmonização das condutas⁶⁰.

E, aqui, o apelo vai directamente para os Estados-membros, para as instituições comunitárias e para os restantes Estados, fora da Europa, no sentido de serem tidos fundamentalmente em conta os grandes objectivos finais económicos, sociais e culturais da Sociedade da Informação, mais do que os particularismos nacionais, regionais ou locais, na senda da coesão social e de um desenvolvimento sustentado a nível mundial.⁶¹

⁵⁷ Já a França, em 1997, depôs, na OCDE, uma proposta de Carta Internacional sobre a Internet, para incitar os Estados-membros signatários a aproximar as suas práticas nacionais; o seu texto integral encontra-se no site “<http://www.gouv.fr/français/activ/techno/charteint.htm>”.

⁵⁸ Aliás salientadas no Parecer do CES nº 962/98 de 1 de Julho de 1998 sobre a proposta da Comissão.

⁵⁹ Cf. sobre a noção de “proceduralização” igual a “movimento horizontal do direito” numa óptica macro-económica aplicada à Internet, o importante texto de abertura do nº 16 dos Cahiers do CRID sobre “*Droits des Technologies de l'Information, Regards prospectives*” da autoria de Axel LEFEBVRE e Etienne MONTERO, intitulado “*Informatique et Droit: vers une subversion de l'ordre juridique*”. (Bruylant, Bruxelles, 1999)

⁶⁰ Cf. Jacques LENOBLE “*Droit et Communication*” Cerf, Paris, 1994, pp. 97 e segs.

⁶¹ Neste aspecto, a Comunicação da Comissão sobre “*A Sociedade da Informação e o desenvolvimento: o papel da União Europeia*” (COM(97) 351 final) e a “*E-Europa: Uma Sociedade da Informação para todos*” (COM(99)687 final) e o seu Progress Report (COM(2000) 130 final de 08.03.2000), adoptados em Lisboa em 23 e 24 de Março de 2000, constituem passos significativos no sentido que se julga mais adequado.

3. A Regulação do Audiovisual em Ambiente Digital: Fronteiras, Limites e Dificuldades

3.1. As considerações de natureza política que se deixaram enunciadas, não podem deixar de ser complementadas por uma reflexão de cariz socio-jurídico, sobre os parâmetros e os limites da regulação em ambiente audiovisual.

Desde logo o contexto social, os paradigmas, os mitos e as utopias de carácter sociológico que lhe subjazem; em seguida as relações do direito positivo com este meio, as dúvidas, as hesitações e os receios da ciência e da comunidade jurídica em face do novo “animal desconhecido”, verdadeiro rinoceronte do nosso tempo.

É, com efeito, importante ter a consciência nítida de que, sob o manto diáfano da maior **quantidade**, da melhor **qualidade** e do mais fácil **acesso** aos novos meios de comunicação social e interpessoal, do que efectivamente se trata é de um fenómeno de **outra natureza**.

E esta será a primeira ilusão ou o primeiro mito que será necessário desmontar, para termos uma correcta apreensão da realidade que tratamos.

Uma outra constatação relevante na apreciação objectiva deste fenómeno é o da **rapidez** do seu aparecimento, desenvolvimento e transformação, ela própria ligada a um **novo valor social** – o da **velocidade**.

Como diz um autor⁶², se o ideal olímpico é “*mais rápido, mais alto, mais forte*” o lema da revolução cibernética é “*mais rápido, mais pequeno, mais barato*”.

E, no entanto, como bem adverte Don Tapscott “*a tecnologia não fará as coisas necessariamente melhor ou pior. Dá oportunidade de as fazer mais profundamente, dramaticamente e realmente depressa*”.⁶³

⁶² Peter Coy, *The enabling technology “Faster, smaller, cheaper”*, Business Week 199 in Special Revue Issue.

⁶³ “*Paradigm Shift: The New Promise of Information Technology*”.

Eu, que, apesar de avançado em idade, não me considero assim tão antigo como isso, sou do tempo em que os rádios a válvulas tinham que aquecer, em que não existiam fotocopiadoras, em que um computador ocupava uma sala inteira, com condições climáticas especiais, em que os telefones eram operados por “meninas”, que diziam “troncas” e a quem constantemente se reclamava quando as linhas se cruzavam!

É certo que tenho 60 anos, mas isto dá bem o sentido da rapidez da evolução das tecnologias da comunicação nos últimos 30 anos, ou seja, desde o momento em que o Departamento de Defesa dos EU resolveu criar um sistema que permitisse aos investigadores militares e professores continuarem a desenvolver o seu trabalho para o Governo, mesmo se parte da rede de comunicações tradicional fosse afectada por um ataque nuclear – porque é preciso não esquecer esta origem da Internet.⁶⁴

Mas este mesmo valor de maior **rapidez** e de mais **velocidade** nas comunicações, sob a pressão da **actualidade** da informação, é condicionante da constante transformação dos instrumentos tecnológicos em ordem a torná-los mais performantes.

E isto conduz, em linha directa, à **rápida obsolescência** dos meios audiovisuais e dos programas informáticos, constantemente em substituição acelerada, implicando o acumular de desperdícios e a exigência de novos investimentos e novas despesas na produção e na aquisição de novos instrumentos, cada vez mais sofisticados.⁶⁵

Embora a sua produção maciça para uma procura crescente os torne relativamente mais baratos, o ritmo de substituição obriga a uma despesa não programável por parte, em especial, das PME e dos compradores individuais, que está

na origem de uma crescente exclusão de todos os que não poderão actualizar-se ao ritmo da inovação.

3.2. Mas é também ao nível comportamental e social que a introdução das novas tecnologias assume foros de fenómeno cultural.

Desde logo a possibilidade de **concentração**, num único instrumento, do que actualmente se acha dividido por diversas ferramentas, desde a TV, à rádio, ao gravador, ao computador e ao telefone.

Por outro lado, a **junção**, num mesmo sistema audiovisual, de várias **funções**

- a comunicação interpessoal (o correio electrónico)
- a realização de negócios (o comércio electrónico)
- o entretenimento, a diversão
- a informação (jornais on-line)

Tudo isso com o aliciante da **interactividade**, com a possibilidade de selecção e escolha de programas, à hora que se quiser, sem subordinação à agenda dos emissores.

E, a acrescer a tudo isso, os alegados benefícios de uma desmesurada **quantidade de opções**, aliada a uma melhor **qualidade** na definição da imagem e do som.

É, no entanto, necessário não escamotear os potenciais efeitos perversos destes benefícios ou vantagens. Limito-me a enumerar alguns:

- o desemprego que pode gerar, dificilmente compensável com o emprego que irá criar;
- a necessidade de reconversão quer de unidades empresariais quer de trabalhadores, com a necessária exclusão dos mais velhos e dos menos capazes de readaptação;
- a massificação, uniformização e concentração da produção de conteúdos, com reflexos ao nível do pluralismo e da diversidade;

⁶⁴ Sobre as implicações destas origens da Internet no modelo do seu desenvolvimento ver “*L’Imposture informatique*”, François de Closets e Bruno Lussato, Fayard, 2000, pp. 59 e sgs.

⁶⁵ Sobre este tema e a “*intencionalidade*” que lhe está subjacente, ver “*L’impature informatique*” já citado, pp. 27 e sgs.

– a criação de novas “*necessidades*”, com o correspondente incitamento à aquisição de novos equipamentos e o conseqüente endividamento dos particulares;

– o isolamento crescente das pessoas, numa relação interactiva homem-máquina, em detrimento da relação interpessoal homem-homem;

– a dificuldade acrescida de regulação dos conteúdos convergentes no ambiente multimédia, com a conseqüente desprotecção dos utilizadores

Para concluir, com Joseph Weizenbaum

*“Nós temos de aprender as limitações das novas ferramentas assim como o seu poder. Mesmo no seu estado mais avançado, o computador não é, e nunca será, a panaceia para os problemas humanos ou um substituto do nosso próprio e único juízo humano”*⁶⁶

3.3. Questão essencial – a nova natureza do fenómeno.

Não se trata, com efeito, apenas de **maior quantidade** de programas ou de informação, de **melhor qualidade** de imagem ou de transmissão. Trata-se, antes, de **uma nova forma de cultura da comunicação**, com profundos reflexos potenciais nos comportamentos individuais e sociais.

Quando Gutenberg inventou a imprensa, estava longe de sonhar sequer o efeito que isso iria ter na erosão do poder político da Igreja Católica.

A própria invenção da máquina a vapor e a utilização do carvão, que está na origem da revolução industrial, com todos os seus conhecidos efeitos a nível social e político, designadamente com o caminho de ferro e a emergência do proletariado, assume, quando comparado com o fenómeno audiovisual actual, um papel de parente pobre ou de antepassado pré-histórico.

⁶⁶ “Computer Power and Human Reason”.

Segundo antropólogos e paleontólogos actuais, afastado o preconceito de que o homem descende do macaco, a emergência do audiovisual só tem como paralelo a fase do Aurignacense, onde, libertada a mão da sua função de ferramenta ou pinça destinada à apreensão, passou a ser utilizada na escrita figurativa ou mitogramática.

Com o audiovisual, é o fim de uma evolução que vem do paleolítico superior até ao século XIX, e que tinha na mão o seu instrumento decisivo, a que se assiste.

Com o audiovisual, já não é a mão que se prolonga em ferramentas. “*A evolução aborda agora um novo patamar, o da exteriorização do cérebro... Não ter de pensar com a mão equivale a não possuir uma parte do pensamento manual e filogeneticamente humano*”.⁶⁷

Está-se, pois, perante um **salto qualitativo ou de natureza**, que representa uma mutação com importantes conseqüências sociais e até, eventualmente, genéticas.⁶⁸

A linguagem audiovisual tende a concentrar a elaboração total das imagens nos cérebros de uma minoria de especialistas, **sem qualquer legitimação democrática**, enquanto a maioria dos cidadãos consumidores daquele produto ou utentes daquele serviço se limitam a ser órgãos de assimilação pura e simples.

Daí poderá resultar, não só o empobrecimento dos temas, mas o desaparecimento das variantes da imaginação pessoal e das diversidades culturais.

Se à transmissão de imagens e sons, já conseguida pela mensagem cinematográfica,

⁶⁷ André Leroi-Gourhan, “O Gesto e a Palavra” Vol. 2 – *Memórias e Ritmos*.

⁶⁸ Como se lê no “Livro Verde da Convergência”, “os novos serviços e actividades que se tornaram possíveis graças ao conjunto de tendências tecnológicas podem afectar todos os aspectos das nossas vidas, da casa ao local de trabalho, do modo de fazer negócios ao modo de aprender, do acesso aos cuidados da saúde à gestão e entrega dos serviços públicos, passando pelo modo de participação dos cidadãos numa sociedade democrática” (p. 11).

juntarmos os próprios conteúdos noticiosos “digeridos” pelo mesmo processo cultural e tendencialmente monolítico – na medida da tendência monopolista resultante das concentrações dos “media” – aliados à reconhecida impossibilidade de controle dos dados transmitidos pela Internet, teremos um quadro verdadeiramente preocupante de uma forma insuspeitada de Big Brother num “Novo Admirável Mundo”.

Daí a actualidade da escolha, que precisamente Huxley nos propunha – se optarmos pelas máquinas, pela felicidade universal, pela estabilidade social, então será preciso que, uma vez mais, “os livros sejam fechados no cofre forte”, e, com eles, o pensamento livre, como “lixo” que não tem cabimento no melhor dos mundos – o mundo que emerge da revolução cibernética.

3.4. Foi o filósofo russo Nicolas Berdiaev, numa das suas “5 meditações sobre a existência” que disse, nos começos do século xx:

“As utopias aparecem como muito mais susceptíveis de se tornarem realidade do que se acreditava antigamente.

E achamo-nos actualmente perante uma questão muito angustiante; como evitar a sua realização definitiva?

(...)

As utopias são realizáveis. A vida avança em direcção às utopias. Talvez que um novo século comece, um século em que os intelectuais e a classe culta sonhe nos meios de evitar as utopias e de regressar a uma sociedade não utópica, menos ‘perfeita’ e mais ‘livre’”.

Ao iniciarmos o século xxi verificamos que foi o contrário o que sucedeu.⁶⁹

As utopias cada vez se tornaram mais apetecíveis e cada vez menos as classes mais cultas têm

⁶⁹ Sobre o fenómeno do “regresso das utopias” na “geração Internet” ver Dominique Wolton, em “Internet, Petit Manuel de survie”, Flammarion, 2000.

reagido às tentativas da sua realização, com os resultados funestos que todos experimentámos no século que terminou.

A “*sociedade da comunicação*”, num universo em vias de “*globalização acelerada*”, constitui, ela também, uma utopia, cujas raízes, bem conhecidas, remontam pelo menos a Norbert Wiener, o pai da cibernética, com a sua obra mais conhecida “*Cybernetics on Control and Communications in the Animal and the Machine*”.

Foi mérito de Philippe Breton, num interessante ensaio de 1997 sobre “*A utopia da comunicação: o mito da aldeia global*”⁷⁰, ter definido, com rigor, os traços fundamentais do “*homo communicans*”, que retoma o mito do “*homem moderno*” onde o “*ser humano*” cede lugar aos “*seres sociais*”, todos eles “*transparentes*”, sem conteúdo e sem interior, verdadeiras “*máquina de comunicar*”, que deixam mesmo de ser “*actores*” para se limitarem a “*reagir*” aos estímulos da informação que lhe é exterior.

Há, neste homem de Wiener, alguma coisa do “*super homem*” de Nietzsche, situado para além do bem e do mal, verdadeiro “*senhor do mundo*”, que, como é sabido, esteve na raiz da filosofia da exclusão, do racismo e da xenofobia, encarnadas na realização da utopia do nacional socialismo alemão.⁷¹

3.5. Todas as utopias, aliás, de Platão a Tomás Moore, a Marx ou a Proudhon, tendem a desenvolver uma filosofia política da “*purificação da sociedade*” e de eliminação dos que se não conformam com as regras e os padrões de uma auto proclamada e auto regulada “*normalidade*”.

A utopia da comunicação não escapa a esta intenção.

São vários os efeitos perversos de uma “*mediacracia*” deste tipo, a começar, desde logo,

⁷⁰ Em “*Essais*” da colecção La Decouverte/Poche, nº 29.

⁷¹ “*A ideia central que fica é a de que o homem é só um ser informacional, comparável às máquinas que ele cria e que só se desenvolverá conscientemente num meio informático onde se poderá misturar com elas*” (Philippe Breton, loc.cit. p. 150).

pela total ausência de qualquer legitimação democrática dos seus fautores. Mas a isso será preciso juntar várias ambiguidades do sistema:

- os média, assentes numa utopia de transparência estão, ao fim e ao cabo, sujeitos aos jogos dos interesses políticos e económicos, e são, deles mesmos, um epifenómeno, ao mesmo tempo que, paradoxalmente, os criam e os sustentam;
- se a informação deve circular livremente para desenvolver toda a sua potencialidade, como compatibilizá-la com o repúdio da pirataria e da delinquência informática, e garantir os direitos de autor;
- a confusão é cada vez maior entre informação e conhecimento; cada vez somos menos informados do significado dos acontecimentos, cada vez temos menos capacidade crítica em relação aos eventos, submersos como somos por um estilo “mediático” que acaba por esconder a “realidade” sob uma insidiosa cortina de “opiniões”;⁷²
- a própria privacidade cede perante o desejo/necessidade de ser objecto da mediatização, com exemplos contraditórios mas bem característicos recentes (caso Diana; caso da “proposta indecente”; caso dos noticiários sensacionalistas; caso do “Big Brother”); ou seja as pessoas cada vez se “despem” mais voluntariamente na praça da opinião pública, ao mesmo tempo que requerem maior protecção para a sua privacidade, cada vez menos assegurada;
- a tremenda ilusão de que a comunicação se traduz numa efectiva convivência social, quando, ao contrário, os novos meios de comunicação se traduzem num fechar do indivíduo sobre si mesmo, num renascer de uma nova forma de individualismo, numa sociedade em que todos comunicam com todos mas onde ninguém verdadeiramente se

⁷² “Os média, ao difundir informações, aumentaram finalmente a ignorância em que estamos do mundo real, porque a ignorância não tem melhor aliado do que a ilusão do saber” (Philippe Breton, loc. cit. p. 141).

encontra com ninguém, num clima de verdadeira exclusão do outro, num mundo fechado sobre si, onde ao modo de Sartre, “o inferno são os outros”.⁷³

3.6. Uma das consequências mais curiosas desta utopia é a da desnecessidade de regulação exterior ao próprio sistema. Se toda a comunicação se enquadra num mundo de harmonia e de consenso, serão os próprios utilizadores a autoregular os seus comportamentos para consecução harmónica dos seus objectivos.

A utopia da comunicação, negando a possibilidade do conflito, considerado como um “mal” ou um “ruído”, conduz à recusa da lei e advoga um mundo que poderia existir sem juiz, sem direito, sem normas, um mundo em que tudo se resolveria por sucessivos ajustamentos bilaterais entre as partes, sem necessidade do “terceiro” regulador, árbitro ou juiz.

É, a este propósito, bem sintomática a conhecida hostilidade absoluta de Wiener pelo sistema judiciário, a que ele chamava “a fauna obscura, negativamente fototrófica dos tribunais”.

Só que esta recusa da lei traduz-se na irrupção da violência, com os efeitos já hoje, bem conhecidos, do descontrolo da Internet e da impossibilidade não só de intervir e de reprimir eficazmente actos de pirataria, como os recentemente divulgados, como mesmo de regular adequadamente os seus conteúdos.

3.7. Toda esta situação ocorre afinal – e há aqui, paradoxalmente, uma mensagem de esperança – num momento em que os novos meios de comunicação dão os primeiros passos.

Com efeito, poderemos dizer que estamos ainda na pré-história da era da cibernética. Ou seja, ainda estamos muito a tempo de evitar que esta utopia se

⁷³ Cf. a este propósito, Dominique Wolton, “Internet, Petit Manuel de survie” já citado, pp. 63 e sgs.

realize e de aproveitarmos devidamente os benefícios e as vantagens que as novas tecnologias nos podem trazer.

Segundo estatísticas recentes, apenas 23,3% da população portuguesa tem acesso à Internet; sendo que, de um universo de 7,5 milhões de indivíduos apenas 14% aí navegam regularmente.

O paradigma será diverso na restante Europa dos 15 e, mais ainda, nos E.U., onde, segundo consta, 53% da população tem PC'S.

Mas também todos sabemos como certas estatísticas são enganadoras. Eu, que não sou, decerto, um exemplo de utilizador da informática, tenho 4 computadores – 2 no meu escritório, um em casa, um na AACCS!

De qualquer modo, é certo que a sua utilização aumenta a um ritmo avassalador todos os anos e existe um mercado potencial quase sem limites – ou cujo limite é, **no limite**, o da própria população do mundo.

Dado o estágio dos avanços tecnológicos actuais e as suas perspectivas de curto prazo, não pode deixar de se apelar a um esforço acrescido de reflexão e de normatização do seu uso.

3.8. O fenómeno em debate e as questões que levanta, relevam, inquestionavelmente, de um nível internacional, põe-se à escala planetária ou global.

Era natural que as respostas aos desafios que coloca e às preocupações que suscita, fossem encontradas, antes de mais, à escala internacional.

Não é, no entanto, o que sucede, e sempre que o assunto tem sido discutido em “*fora*” internacionais, o que se tem confirmado é a incapacidade dos mecanismos de regulação ou de intervenção existentes para actuarem ao nível em que as questões teriam de ser apreciadas.⁷⁴

E não se trata só da óbvia constatação de que o Direito anda sempre atrasado em relação à Vida, e

⁷⁴ A este propósito ver “*L'Europe et les enjeux du Gatt dans le domaine de l'audiovisuel*”, Carine Dautrelepont e outros, já citado.

de que, em particular, o Direito Convencional Internacional não dispõe, por sua natureza mesma, de meios eficazes de coerção.

Como resultou, designadamente, da conferência havida na Austrália, em 9 de Novembro de 1998, em que tive oportunidade de participar, sobre “*Global Commerce and Consumer Protection*”, e onde a via da cooperação interinstitucional e da autoregulação, com participação das organizações de consumidores, foi claramente preferida relativamente à da regulamentação clássica.

Mas já em 1997, a Australian Competition & Consumer Commission, havia elaborado um excelente “*paper*” sobre “*The Global Enforcement challenge: Enforcement of consumer protection law in a global market place*”, onde, a este propósito, se pode, designadamente, ler:

“É necessário reconhecer que, mesmo com a necessidade e a vontade de o fazer, alguns aspectos do mercado global podem de facto ser impossíveis de regular pelos meios tradicionais. Por exemplo, as novas tecnologias das comunicações tornam praticamente impossível regular que informação é ou não distribuída num dado país”.

Daí que as tentativas feitas, a nível internacional, se venham orientando antes para os meios alternativos da regulação, designadamente ao nível da autoregulação, ou se desloque para organismos alternativos de regulação⁷⁵.

⁷⁵ Exemplos de auto regulação ao nível internacional são
– o Código de Conduta no domínio das vendas à distância com origem na Austrália
– o Código de Conduta holandês para o Comércio Electrónico
– o Código de Conduta da Associação australiana da Indústria da Internet
– a orientação do Comité de Política dos Consumidores da OCDE sobre comércio electrónico
– a harmonização de standards pela indústria e os acordos de reconhecimento mútuo

Exemplos de organismos alternativos de regulação são:

- As Nações Unidas
- os modelos de lei da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)
- as UN Guide Lines on Global Business

A própria natureza destes meios e destes organismos condicionam, porém, o alcance das poucas iniciativas tomadas e revelam a debilidade das soluções encontradas a nível internacional, para além do seu carácter esparso e episódico, de todo não sistemático e menos ainda harmonizado.

Tais foram, aliás, identicamente, as conclusões que saíram do Forum Europeu da Televisão e do Filme, realizado em Praga, de 2 a 4 de Dezembro de 1999.

A nível comunitário a situação é paradoxalmente semelhante, sem embargo de vários e importantes estudos de diagnóstico sucessivamente elaborados, de alguns programas desenvolvidos, e de medidas pontuais tomadas⁷⁶.

- a International Organisation for Standardisation (ISO)
- a WTO (OCM)
- o Comité de Política dos Consumidores da OCDE
- Alguns organismos regionais
- APEC (Area-Pacific Economic Cooperation)
- PASC (Pacific Area Standards Congress)
- Algumas organizações internacionais da indústria
- ICC (Câmara de Comércio Internacional)
- SOCAP (Society of Consumer Affairs Professional in Business)
- A Consumers International (ex IOCU, International Organisation of Consumers Union)

⁷⁶ Sem ser exaustivo, não pode deixar de se fazer referência aos seguintes grandes marcos e documentos de carácter geral, bem reveladores das preocupações comunitárias, e da forma da sua aproximação a estas matérias:

- a) A Directiva "TV sem fronteiras" (Directiva 89/552/CEE de 16.XI.89, com a redacção da Directiva 97/36/CEE de 30.07.97)
- b) A Directiva "Normas de Televisão" (Directiva 95/47/CE de 24/X/95)
- c) As Directivas "Cabo" e "Plena Concorrência" (Directiva 95/51/CE de 26.XI.95 e 96/19/CE de 22.03.96)
- d) O Livro Verde relativo à Convergência dos Sectores das Telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e as suas implicações na regulamentação, (Doc. COM 197) 623 de 3.XII.97)
- e) A Conferência Europeia do Audiovisual: Desafios e Oportunidades da Era Digital, realizada em Birmingham a 6-8/IV/98
- f) O Seminário de Informação sobre a autoregulação dos media, realizado pelo Conselho da Europa, em Edimburgo (7-8/X/98)
- g) O Livro Verde relativo à política do espectro das radiofrequências no contexto das políticas da Comunidade Europeia (Doc. COM (98) 596, de 9/XII/98) e os Resultados da Consulta Pública (Comunicação da Comissão de 10/XII/98 Doc. COM (99) 538 final)
- h) O Seminário sobre a autoregulação dos media a nível europeu, no âmbito da presidência alemã, realizado em Saarbrücken, a 19-21/IX/99

Finalmente, a nível nacional, importa destacar, de um lado a Consulta Pública lançada em 1998, sobre a Introdução em Portugal da Televisão Digital Terrestre e, de outro lado, a Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, da Missão para a Sociedade da Informação, substanciada pela Resolução do Conselho de Ministros 115/98 de 1/IX/98, com os seus diversos corolários⁷⁷.

i) A Comunicação da Comissão relativa ao desenvolvimento do mercado da televisão digital na União Europeia (Doc. COM (99) 540 final de 10/XI/99)

j) A Comunicação da Comissão relativa a um novo quadro das infraestruturas das comunicações electrónicas e serviços conexos (Doc. COM (99) 539 final de 10/XI/99)

l) A Comunicação da Comissão sobre os princípios e as linhas directrizes da política audiovisual da Comissão na era digital e a Proposta de programa de Apoio à Indústria Audiovisual Europeia (MEDIA PLUS 2000-2005) (Doc. COM (99) 657 final de 14.12.99)

m) E, finalmente, o importante discurso da Comissária Viviane Reding durante o festival IMAGINA 2000, em Mónaco (31/01/2000)

Em áreas específicas e mais directamente orientadas para a protecção dos consumidores e utilizadores da Internet, e, em particular no domínio do comércio electrónico, é importante referir:

a) A Directiva 97/7/CE de 20 de Maio de 1997, sobre vendas à distância e a Proposta da Directiva sobre vendas à distância de serviços financeiros (Doc. COM (98) 468 final de 14 de Outubro de 1998)

b) A Comunicação da Comissão sobre "*Uma iniciativa europeia no domínio do comércio electrónico*" (Doc. COM (97) 157 final de 16 de Abril de 1997)

c) A Recomendação do Conselho relativa à protecção dos menores e da dignidade humana nos serviços audiovisuais e de informação (Doc. COM (97) 570 final)

d) O Plano de Acção visando promover uma utilização segura da Internet (Doc. COM (97) 582 final de 26.XI.97)

e) A Comunicação da Comissão: "*Assegurar a segurança e a confiança na comunicação electrónica - em direcção a um quadro europeu para as assinaturas electrónicas*" e a Proposta de Directiva relativa a um quadro comum para as assinaturas electrónicas (Doc. COM (98) 297 final de 13/V/98)

f) A Directiva da Comissão relativa a certos aspectos legais do comércio electrónico no mercado interno (Directiva 2000/31 /CE de 8 de Junho de 2000 in J.O. L 178 de 17.07.2000).

⁷⁷ De que se destacam:

a) o regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital (Dec. lei 290-D/99 de 2 de Agosto)

b) o regime jurídico da factura electrónica (Dec. Lei 375/99 de 18 de Setembro e Dec. Reg. 16/2000 de 2 de Outubro)

c) a criação do Conselho Técnico de Credenciação (Dec. Lei 234/2000 de 25 de Setembro)

d) as Resoluções do Conselho de Ministros n.ºs. 110/2000, 114/2000 e 143/2000 respectivamente de 22 de Agosto, 18 de Agosto e 27 de Setembro.

A nível não governamental é de mencionar a recente iniciativa da DECO de negociar com a Confederação do Comércio um Código de Conduta para o Comércio electrónico (O *Web Trade Code* da DECO).

3.9. Não será aqui nem o local nem o momento para uma enumeração, sequer sintética, do teor de todas estas medidas e iniciativas aos seus diversos níveis.

Mas parece oportuno constatar que, de uma forma geral, e ainda que, por isso, necessariamente redutora, face à prática inexistência de medidas internacionais, se têm multiplicado iniciativas comunitárias, desprovidas no entanto de uma linha uniforme de orientação e compartimentadas e divididas pelas várias instâncias responsáveis por aspectos parcelares do fenómeno.

A mesma dispersão da consideração deste assunto também ocorre aos níveis nacionais.

Ora, o que falta é precisamente a concatenação dos vários aspectos de um fenómeno que é plurifacetado, mas onde convergem diversos desafios que deveriam ter uma resposta única e harmonizada.

Por outro lado, se ser inimigo da inovação é recusar os benefícios que ela pode trazer, hostilizar as suas manifestações, exacerbar os seus perigos, esconjurar os seus promotores, não é ser inimigo do progresso reflectir sobre as suas consequências, ponderar a sua real utilidade, analisar os seus benefícios em relação aos seus custos, pesar os seus contras, denunciar as suas contradições ou ambiguidades.

Acontece que não parece inoportuno, nem deslocado, interrogarmo-nos sobre o significado último das inovações tecnológicas aplicadas à comunicação social, sobre as suas consequências em termos comportamentais, sobre as transformações sociais e pessoais que pode determinar e sobre os modos mais adequados de assegurar que a sua utilização se faça no sentido do harmonioso

desenvolvimento do homem, e não contra valores tidos por fundamentais numa sociedade democrática, como a liberdade de expressão, a autonomia das escolhas num meio de sã concorrência, o pluralismo e o rigor na informação, o respeito pelos direitos do homem e pela dignidade da pessoa.⁷⁸

3.10. Não é difícil perceber que as novas tecnologias podem constituir um meio onde, sem dificuldade, o monolitismo da informação se instale, a uniformização dos conteúdos televisivos compense, a pessoa humana seja considerada um mero número para séries estatísticas, as escolhas sejam condicionadas e determinadas por métodos agressivos de venda, enfim, direitos fundamentais de respeito, privacidade e de autonomia da vontade sejam impunemente desrespeitados.

Como também não será difícil entender que o controle e a regulação destes novos meios de comunicação não poderão ser conseguidos pelos instrumentos actuais, desadequados já para os meios de comunicação existentes, quanto mais para a verdadeira revolução que se avizinha.⁷⁹

Questão particularmente preocupante, e para a qual também ainda não foi dada resposta, será a do elevado número de excluídos “*de longa duração*” dos “*benefícios*” das novas tecnologias.

Para não falar de povos inteiros que, no mundo, vão ficar cada vez mais longe dos que, em países altamente desenvolvidos, a eles terão acesso relativamente facilitado, não posso esquecer todos quantos, num horizonte próximo de dez anos, passarão a ser considerados “*cidadãos de segunda*”, por não terem meios económicos, nem preparação ou educação adequada e absolutamente indispensável para utilizar os novos meios.

⁷⁸ Cf. “*Droit et Ethique de l’Informatique*”, Pol Glineur, Story Scientia, Bruxelles, 1991.

⁷⁹ Cf. “*Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU competition law and regulation*” – Laurent Garzanili, Swett & Maxwell, London, 2000, com prefácio do Comissário Karel van Miert

Penso nos mais idosos, nos quais me incluo, nos feridos por incapacidades físicas, nos mais desprovidos em termos económicos, nos menos dotados culturalmente, nos inadaptados por várias razões que serão ostensivamente remetidos para a marginalidade, por, simplesmente, não terem um PC, um telemóvel, um aparelho TV DVB-T!

Porque, inegavelmente, a natureza das novas transformações tecnológicas são um produto de elite para elites – não são destinadas, no curto prazo, à grande generalidade da população.

Haverá necessidade de um longo processo de reconversão de mentalidades e de transformação de comportamentos pessoais e sociais – uma modificação profunda no próprio modo de ser e de agir, nas escalas de valores, na definição de direitos e deveres.

E haverá, assim, muitos que vão irremediavelmente perder – os que serão lançados no desemprego, os que se verão discriminados, os que nunca acederão aos benefícios, reais ou imaginários, da nova sociedade que está a dar os primeiros passos.

É certo que outros serão ganhadores, desde logo os que farão das novas tecnologias a sua profissão ou o seu negócio, na indústria ou na formação.

Qual, no entanto o balanço final? Com que custos e com que ganhos em termos finais, ao nível social? E ao nível da felicidade pessoal?

Porque esta é, ainda, o valor fundamental, cujo desaparecimento como objectivo essencial não poderá deixar de significar a dissolução do homem, como indivíduo, na massa anónima dos utentes das tecnologias.

O que, claramente, se não aceita, e será essa, com a minha formação de jurista, a missão fundamental que defendo incumbir ao Direito na regulação do ambiente digital.

Não se crê, nem ninguém decerto desejará, que o digital constitua *“uma subversão da ordem jurídica”*.

O importante é redefinir os conceitos fundamentais dessa ordem jurídica, para que ela possa manter a capacidade de constituir o esteio essencial à defesa de valores perenes da nossa cultura e da nossa civilização.

É que mesmo com as melhores intenções não é difícil descambar para realização de utopias mais ou menos aliciantes, que esqueçam a dimensão humana de todos os progressos os valores democráticos e os interesses reais dos cidadãos.

O papel do Direito será aqui, ainda e sempre, o de garantir que tal não suceda, pela definição dos mecanismos legais, regulamentares, convencionais e contratuais necessários para assegurar o justo equilíbrio dos interesses e a realização dos valores sociais fundamentais.

E por Direito entende-se, como se deixou claramente enunciado, não só o Direito do Estado, mas também o Direito dos Particulares, nos limites em que, a estes, o ordenamento jurídico lhes permite também normativizar as condutas.

Tempo analógico e pigmento electrónico

Nuno Cintra Torres*

Resumo

A "convergência" sempre existiu. Na essência, a numerização não alterou o processo de criação e distribuição. A tecnologia é que se modificou. Acrescentou ubiquidade, volume e velocidade. Permite uma utilização mais rentável do espectro radioelétrico. Mas o objectivo é o mesmo: comercializar o Tempo dos receptores, os cidadãos-consumidores. Não faz sentido, nem faria em qualquer circunstância, cometer a uma única entidade a regulação da criação e também o respectivo processo de distribuição. Pelo contrário, deverá haver abertura à criação e difusão mas também mecanismos que protejam os investidores e os autores.

Abstract

"Convergence" always existed. In essence, digitalisation did not modify the creative and distribution processes. Technology did change. It added ubiquity, volume and speed. It allows for a more efficient use of the spectrum. But the objective is always the same: to market the Time of the receivers, the citizen-consumers. It doesn't make sense, it never would, to commit to a single entity the regulation of the creative and also of the distribution processes. Quite the contrary, there should be openness to creation and distribution but also mechanisms that protect both investors and authors.

* Nuno Cintra Torres, NCT Consultores – Consultoria e Produção de Televisão.

"A educação, jogos, música, desportos e filmes representam 85 por cento do consumo [das plataformas digitais]."

Jean-Marie Messier, Presidente da Vivendi Universal

Primeiro, pensava-se que a "convergência", termo amplo cujo significado tem variado ao longo do tempo, residia na possibilidade de se poder usar um computador pessoal como um televisor e vice-versa. Era a visão popular do fenómeno. Depois, a partir de 1996, nos EUA, colocou-se a "convergência" no que se pensava ser o seu lugar: nas redes de distribuição. De facto, pouco importaria se o produto era manuseado através de um PC, que também serviria para ver TV, ou de um televisor, que também serviria como PC. O que importava mesmo, pensava-se, era a possibilidade que qualquer rede tem de distribuir produtos digitais, quer sejam programas de televisão ou e-mails. A seguir colocou-se o problema ao nível das plataformas inteligentes de consumidor final e não nas redes de distribuição, nem mesmo nas chamadas redes inteligentes. Entretanto, a Internet afirmava-se como o paradigma da "convergência", para logo a seguir se descobrir que, afinal, mesmo os chamados cibernautas, continuavam a ver televisão onde

sempre a tinham visto, embora com a diferença de que ao lado do televisor estava agora um PC.

Mais tarde, os ministros da Cultura da Comissão Europeia tomaram posição contra a hipótese de legislação única para os media e para as telecomunicações, com o argumento de que ainda é “muito cedo”. De sentido contrário foi a recomendação da Comissão Parlamentar do Reino Unido que propôs ao Governo a total remodelação da legislação britânica. A Comissão era de opinião que deveria ser criada uma única organização *umbrella* aglutinadora de vários reguladores em existência: a Independent Television Commission, o Office of Telecommunications, o Broadcasting Standards Commission e os governadores da BBC.

No início de 1998 é lançado pela Comissão Europeia o “*Livro Verde relativo à Convergência dos Sectores das Telecomunicações, dos Meios de Comunicação Social e das Tecnologias da Informação e às suas Implicações na Regulamentação*”. Tratava de uma primeira abordagem pela União Europeia para o estabelecimento de um quadro global comum para apoiar o desenvolvimento da chamada sociedade da informação. O ponto de partida do documento era o fenómeno da “convergência”. Havia referência à aceção popular que continuava a designar como “convergência” a junção em um único aparelho de dispositivos diversos instalados em casa do consumidor, como o telefone, a televisão e o computador pessoal. Naquele momento, o problema ainda residiria em saber-se se o consumidor iria ver televisão num PC ou se iria poder utilizar a televisão como um PC. De facto, quando o PC é utilizado para ver um filme ou ouvir um CD, a sua natureza altera-se de imediato para aquela que corresponde ao tipo de conteúdo desfrutado.

Acreditava-se, então, que a questão principal da “convergência” estava na infra-estrutura de distribuição. Qualquer produto que seja digitalizado – texto, imagens, sons – podia ser distribuído até ao consumidor através de uma mesma e qualquer rede

de transporte de telecomunicações, com ou sem fios. Dizia-se que, enquanto na era analógica para produtos ou utilizações diferentes existiam redes diferentes, agora tudo passa pelas mesmas redes. Deste modo, as redes que inicialmente foram construídas para fazer chamadas telefónicas – com ou sem fios – podem hoje ser utilizadas para distribuir televisão. Ou, vice versa, as redes que foram construídas para levar televisão ou rádio até ao consumidor – com ou sem fios – podem hoje ser utilizadas para fazer chamadas telefónicas ou enviar dados. Em consequência, seria na convergência tecnológica das redes ou plataformas que se colocaria a grande modificação na organização sectorial e empresarial estabelecida e na respectiva regulamentação. Neste contexto, um mesmo conteúdo pode ser distribuído por vários meios de transmissão, sendo decodificado e reconvertido em forma analógica percebível pelos humanos através da intervenção de diferentes aparelhos de recepção: um televisor, um PC, um telemóvel.

No entanto, há várias condicionantes que desfazem a possibilidade de a “convergência” residir ao nível da transmissão e da concomitante recepção. O indivíduo, o momento, a forma, o local, o modelo de negócio obrigam à adopção de processos de transmissão e de recepção variados a que estão associadas formas diferentes mais ou menos adequadas a uma ou a várias daquelas condições, de modo a poderem ser utilizadas ou a que a sua utilização seja induzida no indivíduo. Verifica-se, nesta conformidade, que a intervenção de tantas condicionantes obriga a que um mesmo pedaço de informação tenha de ser reformatado, pelo menos ao nível da forma e da densidade da informação, de modo a poder ser transmitido e usufruído por indivíduos diferentes, em locais diferentes, com interesses diferentes, dispondo de aparelhos receptores diferentes – o televisor, o PC, o telemóvel, o PDA, etc.

Esta visão esquece que, mesmo na era analógica, as redes de distribuição serviram a difer-

entes produtos e utilizações. A telefonia começou por ser distribuída por fios até aparecer a telefonia sem fios. A telefonia sem fios partilhou o espectro radioeléctrico – esse enorme “tubo” para onde convergia e converge tanta comunicação – com o telégrafo, a televisão e outros tipos de comunicações. É, assim, evidente que a “convergência” das redes existiu sempre.

O *Livro Verde* colocava a sua preocupação central não na tecnologia, “mas antes nos novos fenómenos empresariais e de mercado possibilitados pela evolução tecnológica e que estão a alterar as relações tradicionais entre fornecedores e consumidores.” Parece-me que a questão não é apenas de mercado mas é, antes de tudo, uma questão política. Trata-se de saber de que modo a convergência poderá resultar em benefício ou em desfavor da liberdade de expressão e de informação. É certo que o *Livro Verde* aborda questões como o acesso condicionado, licenciamento, organismos regulamentadores, atribuição de frequências, engenhos de pesquisa, ou objectivos de interesse público. Mas a tónica é sempre do ponto de vista do mercado e do utilizador mas não do cidadão. Na minha opinião é de primordial importância que estes desenvolvimentos não sejam utilizados pelos governos para impor restrições à liberdade de expressão mas, pelo contrário, deverão resultar no reforço e ampliação dos direitos existentes. Este objectivo deve ser conjugado com sistemas que garantam a segurança da comunicação, ou seja, que protejam os direitos dos investidores e os direitos dos autores dos ataques do crime organizado (a pirataria deixou de ser o *hobby* de *hackers* simpáticos).

O *Livro Verde* sugeria três opções para o desenvolvimento da regulamentação: a) tomar por base as estruturas actuais; b) desenvolver um modelo regulamentar separado para as novas actividades, em coexistência com a regulamentação para as telecomunicações e radiodifusão; c) introduzir gradualmente um novo modelo que

abranja toda a gama de serviços existentes e novos. Qualquer que seja o modelo que venha a ser eventualmente adoptado, surge sempre como grande preocupação impedir-se a criação de monopólios e o abuso de posição dominante. Mas, por outro lado, deverá ser evitada a tentativa de concentrar em um só organismo a regulamentação de coisas tão diferentes como o jornalismo ou a criação artística, por um lado, e a tecnologia, por outro. O *Livro Verde* avançava com a ideia de que se deverá procurar uma legislação ligeira num quadro claro e previsível, deixando para a lei geral a resolução de, por exemplo, situações de monopólio. O livro refere também que a adopção de uma regulamentação comum é um passo necessário para a afirmação da Europa no contexto da mundialização.

Se antes poderia parecer lógica a concentração dos poderes regulamentadores numa única entidade, em resultado da aplicação mecanicista da tecnologia de digitalização à formulação de legislação, hoje é muito mais claro que esse é o caminho errado. Na verdade, também a “pixelização” sempre existiu. Apesar de a Bíblia de Gutenberg ter sido impressa com tinta, pigmento microscópico agarrado a uma folha de papel, nunca ninguém viu nesse processo “convergência” com o teto da Capela Sistina, também ela impregnada de pigmentos. Mas, para além das questões relacionadas com a criação e a respectiva difusão, surge um outro factor, dificilmente controlável e individualizado, provavelmente o factor decisivo para a eficácia da comunicação: o tempo, o tempo disponível para receber, perceber, consumir, utilizar a informação recebida. Tempo, analógico, não convertível, nem convergível. Tempo nosso, precioso, que as empresas que disponibilizam “convergência” ou “conteúdos” ou o que se lhe quiser chamar, comercializam das e nas mais diversas formas.

A descoberta de que a numerização permite uma mais eficaz e lucrativa utilização de um bem finito, o

espectro electro-magnético, conduziu-nos ao actual debate. Mas, na realidade, não houve substituição de processos mas antes adição. Ao pigmento analógico juntou-se o pigmento electrónico. E as semelhanças ou diferenças começam ou acabam aí. A famosa e absoluta “convergência” dos conteúdos deve, pois, ser encarada apenas como uma metáfora para um fenómeno contemporâneo. Não só os criadores, os objectos e produtos são diferentes, como são diferentes os destinatários e o respectivo tempo. Pelo que é tempo de colocar as coisas no seu lugar. Na minha opinião, não há “A Convergência”. Ou, se se quiser, o termo poderá ser aplicado apenas ao processo de numerização de qualquer tipo de conteúdo passível de o ser.

Em conclusão, a grande diferença introduzida pela numerização situa-se na possibilidade de concentração e difusão de informação com uma amplitude e a uma velocidade nunca antes conseguidas. Porque, afinal, um jornal continua a ser a recolha, organização e transmissão de notícias, uma sinfonia continua a ser música, uma fórmula química uma peça de engenharia, uma pintura uma imagem produzida por um pintor, um slogan político um instrumento de intervenção, um resultado de futebol uma quantidade de golos, a meteorologia seguirá sendo a previsão do estado do tempo. Na essência, nada muda: apenas tudo pode ser convertido em zeros e uns e ser recebido, sob diversas formas, com recurso a aparelhos específicos, em quase todos os lugares, em momentos diversos, e utilizados por indivíduos, todos eles especiais e diferentes uns dos outros.

Há que saber manter a distinção entre as coisas e não tentar, a coberto de uma pretensa “convergência” global, total, definitiva e absolutista cometer a uma única instituição o poder de influir e decidir sobre a disseminação dos chamados “conteúdos”. Pelo contrário, a digitalização associada à transmissão por cabo, satélite e micro-ondas terrestres, ou seja, espectro rádio eléctrico fora do domínio público, assim como as

maiores larguras de banda permitidas pelo cabo e micro-ondas, criaram-se os instrumentos e os meios necessários para a proliferação da oferta de obras numerizáveis. Há muito mais espaço agora, embora, evidentemente, muito menos que no mundo analógico onde sobrevivem os dinossauros de papel, os jornais e os livros, esses instrumentos de “convergência” extremamente portáteis e utilizáveis até na banheira.

www.napster.com/_ _factos_questões_ _argumentos.soc

Maria Alexandra Figueiredo*
Maria João Taborda*

Resumo

O caso Napster suscita múltiplas questões: a mais controversa é actualmente a protecção dos direitos de autor em ambiente digital. Além desta, o artigo coloca na agenda questões igualmente pertinentes, como a relação entre arte e mercado, distribuição dos *royalties* e formas de recompensa do trabalho dos artistas, a estrutura actual e o futuro da indústria discográfica, o *gatekeeping* e a construção de identidades como estratégias de mercado – enquadrando-as na dicotomia entre visões utópicas e distópicas sobre as novas tecnologias, em particular a Internet.

Abstract

Napster raises several questions; amongst them, copyright protection in the digital age is one of the most controversial. Besides that, this article brings to the debate issues no less relevant, such as the relationship between art and market, the distribution of royalties and ways of retributing artists for their work, the present structure and the future of the record industry, gatekeeping and the formation of identities as market strategies – underpinned by antagonist utopian/dystopian approaches to new technologies, namely the Internet.

* Sociólogas; Investigadoras do Obercom.

Introdução

«Existe um lugar onde a música flui livremente. Nesse lugar não existem editoras nem campanhas publicitárias nem sequer megastars. Existe a música e os seus amantes. Ontem conheci seis bandas novas, descarreguei mais de 20 ficheiros (tenho de lembrar-me para comprar mais alguns CD-R!). Enquanto isso, estive umas horas no chat e percebi que há quem já esteja a formar novos projectos musicais; músicos que não se conheciam antes (e duvido que de outra forma viessem a conhecer-se, porque nenhuma editora pegou neles até agora). Eu próprio fui convidado a participar num projecto com uns DJs de Berlim, mas ainda estou a ponderar. Tudo isto ainda me parece incrível – quando penso nos problemas que há um ano eram discutidos na barra dos tribunais, parece-me que passaram décadas. Na minha faculdade, só há duas semanas é que desbloquearam o acesso a vários sites de mp3. Também, antes tudo era mais difícil, até porque a qualidade do som era mais fraca e a largura de banda não era suficiente. Além de que não era legal, ainda que isso nunca tenha sido impedimento para mim. Mas agora é possível, encontro as músicas que procuro e até encontro coisas que nem sonhava que existissem, desde que... A propósito, será que já me debitaram no cartão de crédito a assinatura deste mês?»

Que estamos num ponto de viragem no plano da música digital, é um facto que ninguém se atreve a negar. Se há quem lhe dê a dimensão de revolução

cultural, há quem não hesite em apontar o dedo ao alastramento da pirataria musical como fenómeno socialmente aceite. Mas comecemos pelos factos:

O MP3 (MPEG Audio Layer 3), um novo formato para conteúdos musicais, digital e comprimido, abriu caminho à distribuição musical através da Internet. Em 1999, Shawn Fanning, um universitário norte-americano de 18 anos, concebe um software que lhe permite trocar ficheiros de música (com extensão .mp3) com os amigos, com vantagens sobre a busca de músicas na rede. A partir desse momento, os dados conhecidos revelam um *boom* que supera casos de sucesso como o *Hotmail* ou o *Yahoo*. O nome desse software é Napster. Em que consiste? Numa comunidade online, com membros associados que, mediante a disponibilização dos seus próprios ficheiros, podem em poucos minutos inquirir um servidor central sobre artistas e/ou títulos, receber a resposta (uma lista dos ficheiros pretendidos, localizados entre os membros que estão nesse momento ligados) e descarregá-los para o seu próprio disco. Tudo isto, gratuitamente – ou seja, desrespeitando as leis de protecção dos direitos de autor e direitos conexos.

Em Dezembro de 1999, a RIAA – Recording Industry Association of America, representando as *majors* do mercado discográfico, processa o Napster, alegando que o software serve apenas fins de pirataria musical em massa. Entretanto, o número de utilizadores vai crescendo exponencialmente. Em Fevereiro de 2000, o Napster anuncia que foram efectuados 5 milhões de downloads do programa, apenas seis meses após o lançamento de uma versão beta do programa – nada comparável ao crescimento dos números nos meses seguintes.

A banda Metallica e o *rapper* Dr. Dre juntam-se à causa contra a pirataria musical, processando o Napster por infracção ao *copyright*. Em Julho de 2000, o Tribunal Distrital ordena ao Napster que impeça os seus membros de trocar músicas de cujos direitos fossem titulares as editoras queixosas.

O Napster recorre, alegando que essa ordem obrigava ao encerramento de toda a actividade da empresa; o serviço permanece activo. Por essa altura (com um ano de actividade), contam-se 20 milhões de utilizadores no Napster; a adesão explosiva ao serviço e a publicidade suscitada pelo processo judicial atraem novos investidores. Assim, em Outubro do mesmo ano, o grupo alemão Bertelsmann associa-se ao Napster, com o objectivo de inaugurar, em Julho de 2001, um serviço de subscrição equivalente ao que agora existe em regime gratuito. Em Fevereiro de 2001, o Napster oferece um acordo às editoras discográficas, comprometendo-se a pagar mil milhões de dólares em cinco anos (150 milhões de dólares por ano repartidos pelas *majors* e 50 milhões anuais repartidos por artistas e editoras independentes), caso fosse retirada a queixa da RIAA. A indústria recusa a proposta. O Tribunal Federal de São Francisco permite a manutenção do serviço, mas exige o bloqueio do acesso às faixas licenciadas pelas editoras; para esse efeito, o Napster instala um sistema de filtragem.

No horizonte começam a surgir projectos da indústria em resposta ao Napster (é o caso do Duet, serviço de subscrição para descarregamento de músicas resultante de uma aliança entre a Vivendi Universal e a Sony e cujo lançamento está previsto para o Verão. Foi também recentemente anunciado que a AOL Time Warner, a EMI, a BMG se irão associar no projecto MusicNet, desenvolvido pela RealNetworks, podendo o Napster vir a ser incorporado nesta plataforma).

Apesar dos cerca de 64 milhões de membros, o tráfego e o número de ficheiros partilhados decresce consideravelmente desde a implementação de filtros, a 14 de Março de 2001: menos cerca de 50% de ficheiros disponíveis para download; uma redução de 25% no número de utilizadores ligados. Contudo, muitas das músicas indicadas na lista de 195 mil músicas protegidas (disponibilizada pelas editoras), continuam

(em Abril de 2001) disponíveis para download – por falhas no sistema de filtragem.

A arquitectura do Napster permite que este seja controlado e mesmo encerrado, pelo facto de o seu funcionamento depender de servidores centrais para o sistema de pesquisa de ficheiros. Contudo, a maioria das alternativas a este software já não apresentam esta característica – e elas são mais de três dezenas (Aimster, Freenet, Gnutella, OpenNap, iMesh, AudioGalaxy Satellite, Rapster, só para mencionar alguns). Nestes casos, para impedir a circulação ilícita de músicas seria necessário pôr offline os terminais que em todo o mundo utilizam este software – missão quase impossível.

O Napster partilha das características das chamadas comunidades virtuais «enquanto grupo social não sujeito a padrões de dimensão específica, em cuja base de formação está a partilha de interesses comuns» (Cardoso: 1999: 1) que podem assumir várias formas, no presente caso o interesse em partilhar conteúdos musicais via Internet.

Esta partilha de interesses comuns traduz-se, de acordo com Rheingold (1993) numa economia da dádiva, em que a troca de informação, neste caso de música, ocorre sem que se pressuponha uma retribuição directa ou imediata. Peter Kollock desenvolve um modelo inspirado na obra de Marcel Mauss *Ensaio Sobre a Dádiva*, interrogando-se sobre o grau de cooperação que ocorre nestas comunidades, onde, na ausência de laços físicos e imediatos entre os indivíduos, outros mecanismos e motivações deverão estar na base destas economias de cooperação online.

Kollock complementa a sua abordagem com a análise de Duran Bell sobre os benefícios da troca. Para Bell, numa economia da dádiva, os benefícios resultam da melhoria da “tecnologia das relações sociais” – essencial numa comunidade online –, que potencia um maior alcance e diversidade da rede social. Nas diversas dimensões da Internet, e no Napster em particular, ocorre um tipo específico de

dádiva, não dirigida a um indivíduo em particular, mas muitas vezes a um grupo mais ou menos definido (a intensidade do sentimento de pertença dos membros varia consoante a própria arquitectura do grupo). Nestes casos em que a forma de reciprocidade não é imediata, pressupondo também que a contrapartida possa ter origem, não necessariamente no usufrutuário, mas em qualquer outro membro do grupo que esteja em condições de a praticar, tem lugar uma troca generalizada (*generalized exchanged*).

Central a este conceito é a noção de bens comuns (*public goods*) que nas comunidades online assume um conjunto de especificidades. Uma vez que o bem comum tem uma natureza digital, ele permite a reprodução de um número infinito de cópias com um grau de qualidade idêntico ao original. Por outro lado, a redução de custos associada aos possíveis contributos de cada membro para o bem comum facilita a participação na construção desse património partilhado. Uma outra propriedade dos bens digitais que alimentam a economia da dádiva nestas comunidades é a indivisibilidade – o uso da informação por parte de um indivíduo não prejudica o uso que outro indivíduo possa fazer da mesma (desta forma, pelo facto de partilhar ficheiros de música, um utilizador do Napster não deixa de poder ouvi-los, copiá-los, etc.). Uma vez produzido, o mesmo item será útil a inúmeros indivíduos (a contrário do que sucede com as reproduções áudio em formatos analógicos, por exemplo, cassetes regraváveis). Assim, qualquer novo elemento que seja disponibilizado no âmbito de uma comunidade virtual constitui um contributo para o bem comum.

O autor questiona as motivações para esta partilha gratuita e espontânea de informação entre os elementos das comunidades virtuais – pondo de parte, *a priori*, motivações de cariz altruísta ou de ligação ao grupo. O autor coloca a hipótese de que num meio orientado pelo princípio da troca generalizada, onde a reciprocidade funciona sem

carácter imediato, cria-se uma espécie de crédito contínuo em benefício de quem partilha. Kollock considera que é essencial uma persistência, ou estabilidade temporal, na identidade do grupo, acompanhada pela clara delimitação do grupo – daí que o software de partilha musical *peer-to-peer* implique muitas vezes um registo dos utilizadores enquanto membros. No Napster é solicitado esse registo inicial, que marca a “entrada” na comunidade. Uma vez lá dentro, além da referida pesquisa de ficheiros, os indivíduos podem aprofundar o sentimento de pertença ao grupo participando em *chat rooms* dedicadas a géneros musicais diferentes ou compondo a sua *hotlist*, uma lista onde pode ir acrescentando utilizadores com quem mantém relações de troca preferenciais.

A análise das relações sociais no âmbito desta comunidade sugere outros desenvolvimentos, mas o Napster sugere muitas outras questões igualmente pertinentes – algumas delas serão objecto de atenção neste artigo. Antes de mais, como enfrentar a questão da protecção dos direitos de autor? Relativamente ao mercado discográfico, coloca-se a questão do reflexo negativo sobre as vendas – será ele uma realidade? Além dos *royalties*, que formas de recompensa (económica ou outras) poderão ser garantidas aos artistas pelo seu trabalho? Que papel está reservado no futuro às editoras, enquanto intermediárias no actual sistema musical? Estarão estas em posição de influir na construção das identidades juvenis através da música, como fazem actualmente, no sentido de assegurar um público que, apesar de volátil, tem uma importância estratégica para o sector? Colocam-se ainda outras questões, nomeadamente: poderá uma regulação precipitada cercear a evolução da tecnologia, quando há quem defenda que o Napster pode constituir o paradigma para desenvolvimentos futuros da arquitectura da Internet? Face às propostas de controlo dos conteúdos na Net, como reequacionar o problema da privacidade? E ainda, como encarar a notória divergência entre lei e

prática, neste caso em que milhões de pessoas parecem legitimar e reproduzir uma conduta ilegal? Por fim, até que ponto poderá ser reproduzido no ambiente digital, ainda que por outros meios, o *gatekeeping* que é realizado pelas editoras no mercado da música? E em que medida poderá vir a ocorrer na Net a reprodução de modelos de mercado tradicionais por parte dos seus próprios agentes, nomeadamente a estrutura oligopolística (quando o projecto “Duet”, resultante de uma aliança entre as *majors* Sony e Vivendi Universal, pretende disponibilizar online 50% dos títulos mundiais)?

Parte I: O Negócio da Música

It has been taboo for artists to speak out concerning the business side of their music. The fear has been that the buying public, as well as other artists, would perceive this concern as greed, and that the artists' sole purpose for creating was the money. This perception has silenced many artists concerning MP3 and Napster. The silence must end. As a child I created music to express my inner thoughts and feelings, and that purity has stayed with me throughout. The day I decided to share my music with the world, was the day I decided to walk the fine line between art and commerce.

Scott Stapp (Creed)

I just want my music to be out, and that's always been the main priority. It was never really about getting paid. It was just getting people to hear my music and say 'Hey, I like your song'. So, if Napster wants to put my song out so people can download it or whatever, let'em do it.

Billy Joe Armstrong (Green Day), Reuters, 12-Fev-2001

Tal como noutros domínios da arte, a música tem subjacente várias dimensões e mecanismos sociais que contribuem para a sua validação e legitimação: nomeadamente, uma dimensão económica,

simbólica e política (Melo: 1994).¹ Do processo de criação à recepção do produto musical, está presente toda uma rede de cooperação que sustenta o produto final. O conceito, em inglês “*network of cooperation*”, é introduzido por Howard Becker, no seu trabalho *Art Worlds*. Nesta abordagem aos mundos da arte, é salientado o contexto de produção e circulação da obra e é refutado o paradigma romântico do criador, enquanto imbuído de um dom, sendo que o artista e o processo de criação integram um sistema colectivo de produção.

Assim, sem querer questionar a actualidade da discussão assente nas distinções entre “(...) cultura e economia, cultura e indústria, raridade e reprodutibilidade, obra única e série, cultura cultivada e cultura de massas” (Neves, 1999:35), certo é que o conceito de indústria cultural² faz parte do nosso quotidiano, ainda que seja muitas vezes utilizado de forma depreciativa. Com efeito, o objecto único criado pelo artista, fruto de uma inspiração singular, tem vindo a ser integrado numa lógica de produção mercantil, dando lugar, como vimos, à visão do produto artístico (neste caso, musical) como resultado de um trabalho concreto e da articulação entre um conjunto de protagonistas, e sujeito às normas de produção, distribuição e consumo do mercado.

Contudo, do ponto de vista do consumidor, a indústria discográfica mantém-se fortemente assente na figura do artista: «*Assinale-se que o facto de o artista ser a face visível para o grande público tende a obscurecer o processo de construção social da obra (e da série), as diversas actividades sociais implicadas, os restantes agentes sociais e os contextos sociais de interacção*» (Neves: 19). O caso Napster, pelo contrário, faz sobressair outras relações e agentes, nomeadamente, as editoras

(os principais opositores, sociais e judiciais, às comunidades de partilha musical *p2p*). Inspirados por Alexandre Melo (1994), podemos dizer, por um lado, que o nome do artista funciona como uma marca comercial relativamente à música que produz, sem distinção da lógica que preside à inserção no mercado de uma qualquer mercadoria. Por outro, a *label* ou editora recorre também à noção de singularidade e de autoria (o nome do grupo ou artista) para a sua promoção, ou seja, o grupo promove a própria editora. Para além disso, a música está sujeita a um discurso cultural que a remete para a esfera do simbólico. Com efeito, os media, através das suas estruturas (rádios, televisão, jornais) e protagonistas (comentadores e críticos), e as próprias editoras, concorrem para a formação de um discurso legitimador, ou não, do produto musical.

A forma de acesso à música possibilitada pelas novas tecnologias e, neste caso particular, pelo Napster e outros programas semelhantes, poderá introduzir ruído na cadeia de legitimação tradicional do produto musical, gerando uma situação de anomia, na medida em que as editoras, enquanto actor principal no processo de fixação da sonoridade e sua reprodução, por um lado, e entidades legitimadoras, por outro, sentem-se relegadas para segundo plano (pelo menos numa primeira fase) face à possibilidade de os suportes musicais deixarem de ser os tradicionais e da formação das opiniões dos consumidores deixar de ser tão vinculada pelas apostas estratégicas da indústria discográfica.³

Por outro lado, vê-se também questionado o forte papel integrador que editoras e media têm tido quanto às várias tendências musicais e estilos.

¹ Pela natureza deste artigo, daremos mais atenção às dimensões económica e simbólica.

² Introduzido por Adorno e Horkheimer nos anos 40, o conceito de indústria cultural está associado à cultura de massas e coloca o ênfase na esfera da produção dos bens culturais.

³ Contudo, não podemos assumir que esta posição seja adoptada pelo todo corporativo, de forma monolítica; basta ver o volte-face da *major* BMG, que rapidamente se associou ao Napster, ou o caso de alguma imprensa especializada – como o jornal nacional *Blitz*, em cujos arquivos é possível encontrar uma coluna intitulada “Os MP3 da semana”, que recomenda a pesquisa de faixas através do Napster.

Se pensarmos que, até ao momento, os movimentos de contestação e vanguarda musical acabam por ser integrados pelo mercado discográfico, o livre acesso do consumidor a este bem cultural coloca, mais uma vez, em causa o controle efectuado ao limite sobre o processo de criação e consumo. Os intermediários terão que estudar para si outro papel.

Most people I know who use Napster listen to stuff they've never heard before. And then they get psyched and go out and buy the damn records. It's more like a sampler.

Ian MacKaye (Fugazi; co-proprietário da Dischord Records), Salon.com, 8-Jan-01

Napster and such other sites were obviously not conceived to lose money. They, like the labels, must make money or they're out of business. And whatever money they are generating from their site is dirty money. It's being taken out of the hands of the artist and the record label and put into the hands of another corporation.

Lars Ulrich (Metallica)

O modo de produção na indústria fonográfica funda-se no conceito de *copyright*. Segundo um relatório do CLIP (Common Law Institute of Intellectual Property), as actividades ligadas à edição musical são «totalmente dependentes» do *copyright*, sem o qual seria impossível assegurar a sua existência. Outras indústrias, como a da electrónica de consumo (o *hardware*), teriam uma «dependência indirecta», já que são alimentadas pelos produtos comercializados pelas primeiras.

É através dos direitos de autor ou direitos conexos que são recompensados diversos agentes no processo de edição de um fonograma, dos compositores aos artistas/intérpretes, passando pelo próprio editor, que detém a propriedade artística da obra. A relação entre o artista e o editor assenta num contrato firmado entre os dois que define a editora como proprietária do fonograma. O artista é

recompensado sob a forma de *royalty* – uma percentagem (negociável, podendo oscilar entre 12% no caso de novos artistas e 20% no caso de algumas *megastars*) sobre o preço final em cada cópia vendida. Quanto aos compositores e autores das letras, são recompensados mediante o pagamento de direitos de reprodução mecânica, fixados nacional ou internacionalmente entre as organizações representativas da indústria discográfica e os compositores. O *royalty* do compositor é pago através da única sociedade de autores existente em cada país.

No quadro 1 é apresentada uma estimativa de distribuição das receitas de um fonograma pelos participantes na cadeia de valor.

Quadro 1

Quotas sobre o preço de venda ao público (PVP) num CD (*premium* ou *budget*)

	PVP por 10 ECU (CDs <i>premium</i>)		PVP por 5 ECU (CDs <i>budget</i>)	
	ECU	%	ECU	%
Revendedor	2,7	27	1,35	27
Distribuidor	2,0	20	1,0	20
Fabricante	0,8	8	0,8	16
Artista	1,0	10	0,3	6
Compositor e editor	0,9	9	0,4	8
Produtor artístico	0,2	2	0,05	1
Editora discográfica	2,4	24	1,1	22

Fonte: Laing (1996)

De acordo com estes dados, enquanto o artista recebe, em média, de 6 a 10%, do preço final do produto, o revendedor, o distribuidor e a editora discográfica arrecadam cerca de 70%. Ora, são precisamente as funções desempenhadas por estes agentes, juntamente com o fabricante, que correm o risco de ser parcial ou totalmente esvaziadas pelo modelo proposto pelas comunidades de partilha de música digital.

Neste cenário hipotético, a imaterialização da música implicaria que a “responsabilidade” pelo suporte fosse transferida para os consumidores,

que poderiam “assim comprar canções avulsas e gravarem, em casa, os seus próprios discos (por exemplo, com um simples gravador de CD-R ligado ao computador). O negócio da música perderia assim a sua dimensão física, remetendo para o consumidor final os custos inerentes ao suporte – mas, ao mesmo tempo, gerando uma maior intensidade de tráfego telefónico e um maior volume de negócios para diversos beneficiários” (Jorge P. Pires, Expresso, Vidas, 7/3/99). Mas ainda que o futuro possa reservar um cenário comparável a este, o sistema vigente pouco se lhe assemelha.

While we all like to take shots at the big, bad record companies, they have always reinvested profits towards exposing new bands to the public (although sometimes not the RIGHT bands). Without this exposure, many fans would never have the opportunity to learn about tomorrow's bands today.

Lars Ulrich (Metallica)

Napster is just one illustration of the growing frustration over how much the record companies control what music people get to hear over the air waves [...] From the point of view of the real music lover, what's currently going on can only be viewed as an exciting new development in the history. And, unfortunately for him, there does not seem to be anything the old record companies can do about preventing this evolution from happening.

Prince, NPGonlineLTD.com

No sistema vigente, o mercado discográfico assenta num oligopólio, já que são algumas – poucas – grandes editoras que dominam, global e localmente, o circuito musical. Em 1999, as principais *majors* (Sony Music Entertainment, da Sony Corporation; Universal Music Group, do grupo Vivendi Universal; BMG, do grupo alemão Bertelsmann; Warner Music Group, da AOL Time

Warner e EMI Music Group, do grupo EMI) detinham cerca de 60% dos proveitos no mercado mundial.⁴

As editoras dominam o sector musical, não apenas pela quota de mercado que detêm como também no plano da divisão de trabalho: apesar da multiplicidade de agentes que participam na cadeia de valor, o editor intervém em todas as fases do processo, realizando funções diversas que vão da criação – já que, «em última análise, a decisão sobre o que se vai gravar, e como, cabe à companhia editora» (Neves, 1999: 114) –, passando pela promoção e distribuição, até à comercialização do fonograma. Ao constituírem, juntamente com os artistas, o «núcleo decisório» dessa cadeia (Neves, idem) – já que o seu papel não é meramente executivo – as editoras posicionam-se na indústria, não apenas como mediadoras entre os criadores e o público, mas como *gatekeepers* dos conteúdos musicais. Segundo Diane Crane, o *gatekeeping* na indústria musical é um processo que se desdobra em vários patamares: «desde logo na selecção tanto de futuros artistas como dos títulos a serem editados; depois, de um ponto de vista promocional, do acesso à (maior) difusão do conteúdo musical; finalmente, na colocação do fonograma junto do consumidor final, através da distribuição e da exposição no comércio» (in Neves, 1999: 42).

Assim, numa primeira fase, a editora selecciona rigorosamente os projectos em que virá a investir, já que uma das principais características com que contam as empresas neste sector é a «incerteza do valor de uso» (Neves, 1999: 37) do produto que promovem – isto é, a imprevisibilidade do êxito comercial de cada um dos seus lançamentos. Dessa selecção resulta, no caso das *majors*, um catálogo diversificado, para que cada sucesso compense não só o investimento que lhe está directamente associado como ainda o investimento em projectos mal sucedidos: «a perspectiva de lucro

⁴ Valor calculado com base nos relatórios e contas das empresas.

é pois estabelecida sobre o conjunto da produção e não sobre títulos isolados» (Neves, idem). Neste sector, como no cinema ou na edição livreira, o “faro” do editor tem tanto ou mais peso que outros critérios de avaliação – um “faro” enformado na ideia de que a música é, tal como vimos, um negócio e, como qualquer negócio, visa o lucro. O passo seguinte é maximizar a rendibilização dos seus lançamentos, rodeando-os de campanhas de marketing, com todos os meios que estas envolvem (*videoclips*, cartazes, *singles*, divulgação junto dos media e, claro, as *tournées*). As somas avultadas investidas nestas campanhas obrigam à adopção de estratégias diferenciadas; uma editora não reparte equitativamente o investimento por todos os títulos do seu catálogo, conferindo-lhes diferentes graus de exposição que irão em grande medida determinar os resultados comerciais de cada um. Finalmente, a distribuição a grossistas e lojistas, e o destaque dado a cada artista/título nos canais de venda das editoras, também estão longe de serem uniformes – este constituirá o terceiro e último patamar do sistema de *gatekeeping*.

Torna-se assim mais perceptível o *gatekeeping* como estratégia empresarial, cujo objectivo é assegurar uma posição favorável no mercado: as editoras apostam, não apenas em artistas como também em títulos que prevêem possam vir a alcançar bons resultados junto do público.⁵

Desde a segunda metade dos anos 50 tornou-se evidente o importante papel que a música desempenha na vida de cada um, em particular nas várias dimensões da experiência de vida juvenil. Então, a música popular, sobretudo o rock’n roll, que assumia a sua hegemonia através da rádio e dos hábitos de consumo musicais dos jovens um pouco por todo o mundo industrializado, foi considerada um fenómeno da juventude.

⁵ Por cada aposta das editoras, muitos projectos são excluídos (não são poucos os exemplos na história da indústria da música de grandes êxitos lançados por editoras independentes, após terem sido rejeitados por uma ou mais *majors*).

O fenómeno prolongou-se pelos anos 60, momento em que se fala de uma “cultura juvenil” por oposição a uma “cultura adulta”. A música evidencia-se como um meio para promover e construir uma identidade juvenil, individual e de grupo, estando na origem de uma contra-cultura que reflecte as preocupações juvenis. Muitos dos textos musicais, deixam de falar apenas do amor platónico e velado/vedado, para falarem explicitamente de sexo. As letras são politicamente orientadas e canta-se sobre “sex and drugs and rock n’roll”.

Os anos 70 introduzem o conceito de sub-cultura, emprestado do campo da Criminologia, que vem alargar o espectro de explicações para alguns fenómenos juvenis de então, e que ao introduzir a noção de identidades de grupo diferenciadas, salienta a heterogeneidade das audiências musicais.

Estão lançados os dados que a indústria discográfica procurará fazer rolar em seu favor, introduzindo as preocupações juvenis nos tops de venda por assim dizer. Do *reggae* nos anos 70, ao *punk* nos anos 80, ao *Rap* dos anos 90, dirigidos a nichos de mercado mais específicos, aos artistas mais românticos, às *boys e girls band* que apelam às faixas etárias mais jovens, as grandes companhias discográficas tentam responder à procura dos seus públicos. Tarefa não facilitada, é certo, pela volatilidade das audiências e da sua identificação com diferentes estilos musicais, a que as *majors* tentam responder, incorporando estas novas tendências nas suas ofertas. “*During this period when a new musical trend is being established, there is a higher level of diversity (as indicated by the number of different top-selling cultural products). Once the trend has been coopted by the major companies, the level of diversity declines.*” (Crane, 1992:57).

Parte II: A hipótese do Desfasamento Cultural

– Visões Utópicas e Distópicas no caso Napster

A Internet nas suas várias modalidades, e o caso Napster em particular, têm sido objecto de visões utópicas e visões distópicas construídas em seu torno. Num artigo recente, Dana R. Fisher parte da análise do modelo de William Ogburn (1964) acerca do desfasamento cultural (*cultural lag*), modelo que assenta na constatação da existência de um hiato temporal entre a introdução de uma nova tecnologia e a adaptação cultural à mesma, para enquadrar estas duas orientações discursivas relativamente às novas tecnologias em questão. Segundo Ogburn, para os actores sociais, os efeitos de uma tecnologia podem tornar-se visíveis apenas algum tempo após a sua introdução, dando azo a visões pouco realistas, normalmente extremadas e polarizadas e que, mais do que uma avaliação realista do impacto social e material da tecnologia em causa, tendem a reflectir as representações e preferências desses actores.

Apesar das limitações deste modelo explicativo, que incorre num evidente determinismo tecnológico (a tecnologia é assumida como variável independente e a cultura como variável dependente), podemos considerar que Ogburn fornece um auxiliar pertinente para a desconstrução e enquadramento dos discursos dicotómicos acerca da Internet, e nomeadamente do Napster – é esse o empreendimento de Fisher no artigo referido.

Assim, segundo a autora, as visões utópicas da Internet têm propensão para encontrar soluções tecnológicas para problemas sociais. Nessa premissa radica muito do discurso sobre o potencial democrático da Internet, já que a comunicação mediada por computador é vista como um conjunto de práticas que, por um lado, estimulam o envolvimento cívico e a acção colectiva e, por outro, aproximam os cidadãos das instâncias de poder. Podemos encontrar a materialização deste princípio no conhecido aforismo de Mitchell Kapor,

co-fundador da Electronic Frontier Foundation (EFF), “*architecture is politics*” (ou seja, a arquitectura do sistema determina as práticas dos seus utilizadores).

Pelo contrário, as visões distópicas enfatizam os efeitos potencialmente negativos da Net sobre as estruturas e práticas de comunicação preexistentes: assim, a Internet contribuiria para a fragmentação social e o maior isolamento dos indivíduos; do ponto de vista da participação democrática, o discurso distópico prevê implicações opostas às sustentadas pelas concepções utópicas.

A refutação da componente determinista não implica necessariamente a rejeição de todo o modelo desenvolvido por Ogburn; podemos fazer assentar a hipótese do desfasamento cultural numa relação recíproca entre as duas variáveis, isto é, aceitando que não só a introdução de novas tecnologias requer um ajustamento social (por vezes não imediato), mas que também a apropriação social condiciona os usos subsequentes de novas tecnologias (e ainda que “velhas” tecnologias podem ser reapropriadas e destinadas a novas aplicações). Esta reflexão confere uma importância acrescida às tomadas de posição que possam vir a ser adoptadas no caso Napster pelos vários actores implicados (as instâncias judiciais, as editoras, os utilizadores do serviço, os artistas) já que – no sentido contrário ao da afirmação de Kapor – a política também condiciona, não apenas a evolução na arquitectura desta tecnologia, como as opções relativas aos seus usos.

Na arena onde actualmente se desenrola o conflito acerca do Napster, estão presentes vários sujeitos alinhados em fileiras antagónicas: como sugere Ogburn, podemos identificar partidários de visões utópicas e de visões distópicas (que serão expostas mais adiante). Os partidários das visões utópicas são, além dos representantes da empresa Napster e dos membros da respectiva comunidade musical, importantes *opinion makers* e ideólogos da Net, alguns deles com ligação a associações de defesa da liberdade de expressão no ciberespaço.

Contra este software (ou especificamente contra a sua configuração actual), numa facção encabeçada pela RIIA – Recording Industry Association of America reúnem-se as associações de defesa de autores e do *copyright*, associações e federações representativas da indústria da música e, em geral, empresas de edição e distribuição discográfica. Os artistas repartem-se por ambos os lados da causa e, ainda que seja possível dizer que são os independentes quem mais se posiciona em defesa do Napster, essa não é uma posição unânime; para além disso, o Napster também encontra partidários em alguns artistas ou bandas representados pelas *majors*. É interessante notar que as visões utópicas são normalmente sustentadas pelos pioneiros e utilizadores do ciberespaço, ao passo que as visões distópicas são mais comuns entre agentes e instituições exteriores e com existência prévia, que começam por encarar estas novas tecnologias como ameaças, mais do que desafios.

Esta última ideia está patente no texto “Censorship 2000”, de John Perry Barlow – um dos ideólogos da Internet e fundador, juntamente com Mitch Kapor, da EFF –, quando o autor sustenta que geralmente, os esforços para suprimir conteúdos na Net são dispendidos por entidades anteriores e com pouca experiência directa no ciberespaço. É relevante – mas não isento de riscos – o facto de estes esforços configurarem, universal ou localmente, causas legítimas que reúnem um extenso leque de apoios; os pretextos para suprimir conteúdos online inserem-se nas mais vastas categorias;⁶ entre as quais uma directamente ligada ao Napster, a prevenção da distribuição, para fins não comerciais, de material protegido pelas leis do *copyright*. Contudo, segundo o autor, a motivação primária das entidades que os promovem – entre

outras, entidades governamentais, corporações, e distribuidores de informação *one-to-many*, é a retenção de poder e riqueza nos círculos tradicionais. Pelo contrário, assinala Barlow, tende a desenvolver-se uma “cultura libertária” entre os indivíduos mais familiarizados com os usos da Internet: “*“indigenous” digital culture seems to have a naturally libertarian disposition*» (Barlow, 2000: 2).

Existe uma continuidade entre as várias abordagens acima expostas: os traços descritos por Barlow encontram correspondência na dicotomia entre visões utópicas e distópicas associada ao modelo do *cultural lag*. Finalmente, ambos os contributos se tornam visíveis quando cruzados com os posicionamentos dos diferentes participantes nos debates suscitados pelo caso Napster, nomeadamente, em torno do futuro do *copyright* e o futuro da indústria discográfica.

(...) Copyright and things of that sort are something that will have to be worked out and they will be worked out.

B.B.King, Yahoo Entertainment News, 13-Set-00

It's all very well to say music should be free, but the reality is if you don't pay the artists, the road crew, the musicians, the recording studio, if there's no money in music, there's not going to be much music left.

Miles Copland (manager de Sting) Salon, 25-Mar-00

Relativamente ao *copyright*, evidenciam-se duas posições antagónicas: uma, que é possível encontrar entre alguns dos sujeitos situados no grupo acima identificado como pró-Napster, segundo a qual o *copyright* é um modelo de recompensa financeira dos artistas e das editoras que caminha a passos largos para a falência. Esta perspectiva incorpora traços da cultura libertária acima referida, que encara o sistema de *copyright* como uma tradução dos interesses económicos dos agentes da indústria discográfica e o Napster como

⁶ A protecção infantil da exposição a material pornográfico ou violento; luta contra a pedofilia, o terrorismo, o *hacking*, o racismo, a xenofobia, o comércio de substâncias ilegais, defesa da segurança nas transacções comerciais; protecção da privacidade; restrições à distribuição de material não-solicitado, são algumas das mais significativas.

«uma tecnologia que ameaça o controlo» (palavras de David Boies, advogado de defesa do Napster no caso judicial) que a indústria detém sobre a criação artística.

No próprio círculo da pirataria de música,⁷ alguns indivíduos têm uma posição activa contra o conceito de protecção da propriedade intelectual, pelo que as suas actividades têm um suporte ideológico. Como refere um pirata, «Copyright law doesn't interest me. It doesn't pertain to my existence in any way because it never could affect me. I buy the software I use for business, and steal the software I use for pleasure. I buy CDs that I want to listen to, but I download mp3 files of music that I don't think is worth buying or that I can't find for a reasonable price» (citado em Cooper e Harrison: 2001: 87).

Para os indivíduos com uma representação libertária do ciberespaço, na era digital, toda a informação deve circular sem constrangimentos – a grande vantagem trazida pela dissociação entre o conteúdo e o suporte físico. Essa dissociação põe em xeque o próprio sistema de protecção de propriedade intelectual, não só pelo princípio que lhe é inerente (defesa de um tipo de propriedade), como pelo facto de essa protecção ter como requisito a materialização daquilo que se pretende proteger: «Digital technology is detaching information from the physical plane, where property law of all sorts has always found definition. [...] Law protected expression and, with few (and recent) exceptions, to express was to make physical» (Barlow, 1994: 1).⁸

⁷ Segundo Cooper e Harrison, este tipo de pirataria refere-se basicamente ao processo de codificação sistemática de música licenciada e à distribuição da mesma, sem o correspondente pagamento de royalties.

⁸ Parece-nos abusivo o argumento de que sem materialização da criação os direitos de autor não podem ser protegidos, já que ele não exprime uma posição universal do direito nesta matéria, mas corresponde apenas à concepção anglo-saxónica da defesa da propriedade intelectual. Esta corrente, correspondente ao sistema do *copyright*, coloca a tónica no registo da obra – o que, de facto, pressupõe que esta tenha uma correspondência física. Segundo esta concepção, os direitos são assegurados ao titular (por exemplo, uma editora) e não necessariamente ao autor; a protecção incide apenas nos direitos patrimoniais (materiais) sobre a

Os argumentos de John P. Barlow a propósito das dificuldades legais em lidar com os casos de pirataria de software são extensíveis à pirataria de música digital:

The laws regarding unlicensed reproduction of commercial software are clear and stern... and rarely observed. Software piracy laws are so practically unenforceable and breaking them has become so socially acceptable that only a thin minority appears compelled, either by fear or conscience, to obey them.

[...] Whenever there is such a profound divergence between law and social practice, it is not society that adapts. Against the swift tide of custom, the software publishers' current practice of hanging a few visible scapegoats is so obviously capricious as to only further diminish respect for the law.

Part of the widespread disregard for commercial software copyrights stems from a legislative failure to understand the conditions into which it was inserted. To assume that systems of law based in the physical world will serve in an environment as fundamentally different as cyberspace is a folly for which everyone doing business in the future will pay (1994: 4).

Esta perspectiva assenta no princípio democrático segundo o qual, nos casos em que a lei perca força normativa sobre a prática correspondente, é a primeira que sofre alterações.

obra e sua reprodutividade. Pelo contrário, a tradição continental é mais abrangente, assegurando ao autor direitos patrimoniais, mas igualmente direitos morais (nomeadamente, o direito à paternidade e à integridade da obra). Esta tradição coloca a ênfase na criação da obra (secundarizando o registo), isto é, considera válida qualquer forma de exteriorização, independentemente de um suporte físico. Assim, juristas como Luiz Francisco Rebello, rejeitam «as previsões pessimistas dos que falam no "crepúsculo do direito de autor" e não hesitam em proclamar que ele tem os dias contados na sociedade de informação numerizada pois que "tende a decompor-se antes mesmo de ser reformulado", como pretende Nicholas Negroponte – esquecendo, ou desentendendo, que a "imaterialização trazida pelo âmbito do digital não contradiz em nada a essência" desse direito, conforme justamente opina o Prof. Oliveira Ascensão, apenas "implica modificações importantes" na sua expressão legal. [...] Pode assim falar-se numa "reconceptualização" do direito de autor, que leva a transpor para o universo digital e interactivo as regras elaboradas para aplicação num contexto analógico, amoldando-as [sic] a esse novo paradigma sem todavia anular os princípios que servem de pilar à sua estruturação» (Rebello: 2000).

Para alguns analistas, é por isso que o caso RIAA-Napster dá razão ao infractor, ainda que o autor da acção judicial tenha a lei do seu lado: «*The bad news for the RIAA is not that the law isn't on their side. It plainly is. The bad news for the RIAA is that in a democracy, when the will of the people and the law diverge too strongly for too long, it is the law that changes*» (Shirky, Mar. 2000).

Do lado oposto encontram-se aqueles que sustentam a adaptação dos direitos de autor ao novo ambiente digital, acrescentando que é nele que têm de ser criadas as condições para assegurar o cumprimento desses direitos. Assim, uma das visões distópicas de contornos mais evidentes é a que sustenta o controlo dos conteúdos veiculados no ciberespaço – sendo os ISPs agentes privilegiados para o desempenho dessa função. É fácil entender a dimensão do choque que esta proposta provoca nos sujeitos imbuídos da “cultura libertária” de que fala Barlow, entre tantos outros. Contudo, a proposta coloca, mesmo para quem advogue posições mais moderadas, questões sérias ligadas à privacidade dos utilizadores, abrindo caminho, sob a bandeira da luta contra o ciber-crime, a um tipo de censura global dificilmente aceitável num regime democrático.

*Our label is behind us from the start. They work hard
for every nickel they make off us. They deserve to be paid.
It's a no brainer. If it's not scanned, then the label at the
end of the year says so long, and all of a sudden our
careers are over, and I'm back at McDonald's.*

Morgan Rose (Sevendust), Salon, 25-Mar-00

*[Napster] makes artists ask why they are not in control
of what they are doing. Artists of any worth or strength will
rise up and take control of the situation.*

Dave Stewart (Eurythmics)

A dicotomia entre visões utópicas e distópicas no caso Napster é bem patente numa outra temática,

intimamente associada aos direitos de autor: o futuro da indústria discográfica e da criação musical. Segundo a concepção utópica, acalentada pela corrente pró-Napster, futuramente o acesso à música por parte dos públicos far-se-á sem passar por intermediários e o controlo hoje exercido pelas *majors* não mais terá lugar. Contudo, a Internet não é o primeiro canal de distribuição gratuita de música – e as editoras evoluíram e reforçaram a sua posição no âmbito do mercado discográfico. Nos anos 20, o surgimento da rádio suscitou na indústria a desconfiança de que «a audição gratuita das músicas levasse à quebra no consumo de discos» (Neves, 1999: 72). Mais tarde, as cassetes áudio graváveis vieram reavivar esses receios, como também, muito mais recentemente, os CD-R (ainda em fase de regulação) – estes exemplos são úteis para a relativização de visões apocalípticas sobre o futuro da indústria discográfica.

Pelo contrário, os argumentos esgrimidos pelos agentes da indústria discográfica – que sentem o Napster (e os programas clones deste) como uma ameaça à sobrevivência do seu sector – sobrepõem-se aos alertas para a existência de ameaças directas ao futuro da criação artística (musical). Sobreposição que nos parece precipitada, já que o actual modo de produção é bem posterior ao próprio acto de criação. Basta referir que historicamente, houve outros modelos, sendo o mais significativo aquele que assentava no mecenato: como refere Norbert Elias, na Europa, «até à geração de Mozart, um músico que quisesse ser socialmente reconhecido como um artista sério e, ao mesmo tempo, ter condições para se manter a si e à sua família, tinha de encontrar uma posição dentro da rede das instituições aristocrático-cortesãs e dos seus sustentáculos. Não tinha outra escolha. Quando sentia em si a vocação para obras extraordinárias, como executante ou como compositor, era quase evidente que o caminho para alcançar o seu fim passava por uma posição fixa numa corte, de preferência numa corte luxuosa e

rica [...] Esta era então a sólida estrutura, a trave-mestra do desenvolvimento de qualquer talento musical individual» (1993: 20).

Parece por isso falaciosa a conclusão de que a falência do modelo industrial, assente, no plano organizacional, na concentração empresarial e numa estratégia de “controlo da fabricação em larga escala, da distribuição e do acesso às principais “avenidas de exposição”» corresponderá ao fim da arte: como refere Howard Becker, *«if one or another of these activities does not get done, the work will occur in some other way. If no one appreciates the work, it will go unappreciated. If no one supports its doing, it will go unsupported. If specific items of equipment are not available, the work will be done without them. Naturally, doing without any of these things affects the work produced. It will not be the same work, but that is far different from saying that it cannot exist at all unless these activities are performed. Any of them can be performed in a variety of ways with an equal variety of results»*. (citado em Neves: 25). Ou, como sustenta Shirky, *«Right now, no one knows how musicians will be rewarded in the future, But the lack of immediate alternatives doesn't change the fact that Napster is the death knell for the current music distribution system. The music industry does not need to know how musicians will be rewarded when this system takes hold to know that musicians will be rewarded somehow. Society can't exist without artists; it can, however, exist without A&R⁹ departments»* (Shirky, Mar. 2000).

Reflexões finais

Perante as angústias acerca do futuro da indústria discográfica, importa considerar a questão na sua dimensão estritamente económica, interrogando-nos sobre se será fundamentada a acusação de que o Napster foi responsável por um

decréscimo nas vendas da indústria discográfica. É necessária alguma prudência na análise dos dados disponíveis. Entre 1999 e 2000, das cinco *majors*, apenas uma registou uma evolução negativa na área da edição de música: a Sony Corp., que desceu 7,3% relativamente a 1999. O desempenho das restantes quatro foi claramente positivo: as receitas da Vivendi Universal cresceram 15,9%; as da BMG, 14,7%; as da EMI Music Group, 5,9% e as da Warner Music Group, 5,5%.

Sobre as vendas mundiais, conhecem-se os dados da IFPI (International Federation of the Phonographic Industry) para 1999: o mercado global valia 3,5 mil milhões de dólares, reflectindo um crescimento de 8% no valor das receitas e de 5% no número de unidades vendidas). Raltivamente ao mercado norte-americano (que representa cerca de 38% do mercado mundial) a RIAA divulgou os dados relativos a 2000 (apresentados no quadro 2). Entre 1999 e 2000, nos EUA, o ritmo de crescimento nas vendas de CDs abrandou, tendo caído consideravelmente na categoria de CD Single. Neste período, o total de receitas da distribuição de CDs (Singles e 74') cresceu 2,4%, ainda que o número de unidades vendidas tenha decaído 1,8% (por influência da quebra nos CD Single). Poderá a responsabilidade ser imputada ao Napster? Ainda que tal hipótese pudesse vir a revelar-se consistente, não dispomos de dados suficientes para estabelecer esta relação de causalidade. Apenas no caso do CD Single – que consiste habitualmente na selecção do(s) *hit(s)* de um álbum, isto é, as faixas mais populares – nos parece possível arriscar aquela relação. Sabe-se, além disso, que o preço dos CDs tem sofrido aumentos que poderão estar (pelo menos em parte) na origem das quedas registadas. Assinale-se ainda que são as quebras ocorridas nas restantes categorias (formatos analógicos, vídeo e dvd) – precisamente as que não concorrem com o formato digital que circula no Napster – as responsáveis pelos valores negativos referentes aos totais do mercado.

⁹ *Artists and Repertoire*.

Quadro 2

Distribuição de Unidades Discográficas e Receitas
(milhões de dólares)

Unidades distribuídas/ Receitas	1998	1999	98-99 (%)	2000	99-00 (%)
CD	847 11,416.0	938.9 12,816.3	10.8 12.3	942.5 13,214.5	0.4 3.1
Cd Single	56 213.2	55.9 222.4	-0.1 4.3	34.2 142.7	-38.8 -35.8
Cassete	158.5 1,419.9	123.6 1,016.6	-22 -25.2	76 626	-38.5 -41
Cassete Single	26.4 94.4	14.2 48	-46 -49.2	1.3 4.6	-91 -90.3
LP/EP	3.4 34	2.9 31.8	-14 -6.7	2.2 27.7	-24.6 -12.7
Single em Vinil	5.4 25.7	5.3 27.9	-2.5 8.4	4.8 26.3	-8.1 -5.4
Videos de Música	27.2 508	19.8 376.7	-28.3 -27.6	18.2 281.9	-8 -25.2
DVD	0.5 12.2	2.5 66.3	405 442	3.3 80.3	35.2 21.1
Total de unidades (n.º)	1,124.3	1,160.6	3.2	1,079.3	-7
Total de receitas	13,723.5	14,584.5	6.3	14,323.0	-7.8
Total de vendas a retalho (n.º de unidades)	850	869.7	2.3	788.6	-9.3
Total de vendas a retalho (receitas)	12,165.4	13,048.0	7.3	12,705.0	-2.8

Fonte: RIIA – Recording Industry Association of America.

Um dos factores indiscutíveis de quebra nas vendas é a existência no mercado de CDs regraváveis (CD-R). Em Portugal, eles são a principal causa de pirataria musical. Contudo, uma regulação restritiva corre o risco de ser lesiva para os consumidores, já que é incontornável a distinção – melindrosa – entre a cópia privada, sem fins directa ou indirectamente comerciais, e a efectiva pirataria (a própria reconfiguração das esferas pública e privada no ciberespaço contribui para obscurecer a fronteira entre uma e outra). Este foi, aliás, um dos pontos delicados na recente discussão com vista à aprovação de uma directiva comunitária em matéria de protecção dos direitos de autor no ambiente digital. A orientação da directiva não está isenta de controvérsia: se os partidários de uma visão mais liberal elogiam o facto de o documento

deixar em aberto a possibilidade de efectuar cópia privada,¹⁰ a postura mais proteccionista critica precisamente esse ponto, por abrir caminho à infracção deste direito, regredindo na protecção dos direitos de autor.

A multiplicidade de questões levantadas neste texto revela a pertinência do Napster como objecto de análise à luz da mudança cultural. Além disso, enquanto conflito social e projecto cultural (no sentido em que apresenta uma alternativa ao sistema musical vigente), configura-se como movimento social na acepção em que, nomeadamente, Alain Touraine emprega o termo. No quadro analítico deste autor, os movimentos sociais são conflitos que surgem no sentido de modificar as relações de dominação de um dado sistema de acção histórica, tratando-se por isso de lutas pelo controlo do modo de produção, do modo de conhecimento e do modelo cultural. Tal como vimos, as estratégias de controlo de mercado que passam pela própria participação na construção de identidades (o caso da juventude); o papel de *gatekeeper* exercido pelas editoras através da selecção e aposta diferenciada na promoção e distribuição de artistas e bandas; o *copyright* como alicerce e modo de legitimação (pelo recurso ao valor do direito de autoria) das indústrias de conteúdos culturais – são estratégias do grupo dominante no mercado discográfico, que o Napster vem desafiar.

Mas apesar do seu significado como movimento social – o gérmen de subversão por muitos exaltado como a principal virtude do Napster – o desenlace mais provável, à luz dos factos conhecidos até à data, aponta num sentido diferente. O acordo com o

¹⁰ “A directiva tem uma filosofia saudável e não exorciza o digital, desde logo não se propondo travar a cópia privada, para fins pessoais e não comerciais. Perdeu-se muito tempo a distinguir a cópia analógica privada da cópia digital privada, mas acolheu-se o bom princípio: a possibilidade de cópia fácil e igual ao original exige equitativa compensação dos titulares dos direitos.” (Magalhães, Fev. 2001).

grupo Bertelsmann e a conversão para um serviço de subscrição, a possível integração no projecto MusicNet (com outras duas *majors*), parecem pouco ter que ver com o *ethos* inicial da comunidade de partilha de músicas *peer-to-peer*. Esta provável compromisso entre as partes leva-nos a acreditar que se por um lado o Napster está a abalar alguns dos pilares da indústria e a conduzi-la a uma nova era onde a Internet assume uma posição mais central no sistema de distribuição, por outro, esta comunidade, inicialmente antagónica ao sistema, tem grandes probabilidades de se tornar sua parte integrante: “Napster has almost single-handedly dragged the music industry into the Internet age. Now the industry is repaying the favor by dragging Napster into the mainstream of the music business” (Shirky, Jan. 2000).

Referências Bibliográficas

- Barlow, John Perry, “Censorship 2000”, e-OTI: *On the Internet*, <<http://www.isoc.org/oti/printversions/1000barlow.html>>, Out. 2000.
- Barlow, John Perry, “The economy of ideas. A framework for patents and copyrights in the Digital Age”, *Wired*, <<http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html>>, Mar. 1994.
- Cardoso, Gustavo, *Para uma sociologia do ciberespaço*, Oeiras, Celta, 1998.
- Cooper, Jon e Harrison, Daniel M., “The social organization of audio piracy on the Internet”, in *Media, Culture and Society*, Vol. 23, London, Sage Publications, 2001.
- Crane, Diane, *The production of culture – Media and the Urban Arts*, London, Sage Publications, 1992.
- Elias, Norbert, *Mozart – Sociologia de um Génio*, Porto, Edições Asa, 1993.
- Evangelista, Benny, “Business 2000: The year in review digital music – Napster made recording industry change the future”, in *San Francisco Chronicle*, <<http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/chronicle/archive/2000/12/26/BU141402.DTL>>, 26 Dez. 2000.
- Fisher, Dana R., “On utopias and dystopias: toward an understanding of the discourse surrounding the Internet”, *Journal of Computer Mediated Communication*, Vol. 6 (2), <<http://www.ascusc.org/jcmc/vol6/issue2/fisher.html>>, Jan. 2001.
- Kollock, Peter, “The economies of online cooperation: gifts and public goods in cyberspace”, in Smith, Marc; Kollock, Peter, *Communities in Cyberspace*, Londres, Routledge, 1999.
- IFPI – International Federation of the Phonographic Industry, News & Information – World Sales of Recorded Music (1999), <<http://www.ifpi.org>>, s/d.
- Laing, David, “The economic importance of music in the European Union”, in *Music in Europe*, European Music Office, 1996 <http://www.icce.rug.nl/~oundscapes/DATABASES/MIE/Part2_chapter01.html>, 25 Mar.2001.
- Magalhães, José, “Autores na encruzilhada”, in *A Capital*, Suplemento Info&Net, 18 Fev. 2001.
- Melo, Alexandre, *O que é Arte*, Lisboa, Difusão Cultural, 1994.
- Neves, José Soares, *Os Profissionais do Disco. Um Estudo da Indústria Fonográfica em Portugal*, Lisboa, Observatório das Actividades Culturais, Coleção OBS – Pesquisas, 1999.
- Pires, Jorge P., “O ‘copyright’ em versão digital”, in *Expresso*, 7 Mar. 98.
- Porter, David (Ed.), *Internet Culture*, New York, Routledge, 1996.
- Rebello, Luiz Francisco, Comunicação apresentada nas Jornadas “Direito e Internet” realizadas em Coimbra em 19 de Fevereiro de 2000, <http://www.spautores.pt/frame_destaque.html>.
- Roe, Keith, “Music and identity among European Youth – Music as Communication”, in *Music in Europe*, European Music Office, 1996 <http://www.icce.rug.nl/~oundscapes/DATABASES/MIE/Part2_chapter03.html>, 25 Mar.2001.
- Saraiva, Hermínia, “Os milhões da cibermúsica”, in *Valor*, nº 483, 29 Mar. 2001.
- Shirky, Clay, “Napster’s Death Knell”, *Feed* <http://www.feedmag.com/templates/default.php3?a_id=968>, 04 Mar. 2000.
- Shirky, Clay, “The BMG/Napster Deal”, *Feed*, <http://www.feedmag.com/templates/default.php3?a_id=1381>, 11 Jan. 2000.
- “Napster ganha mais um round”, in Blitz, <http://www.blitz.pt/blitz/pesquisa/ver_artigo2.asp?seccao=noticias&id_artigo=BLITZ7181>, s/d.
- Press releases do Napster <<http://www.napster.com/pressroom/pr>>.
- Press releases da RIAA – Recording Industry Association of America, <<http://www.riaa.com/Artists-Issues-1cfm>>, 19 Jan. 2001.
- 2000 Yearend Statistics – The Recording Industry Association of America, <http://www.riaa.org/pdf/year_end_2000.pdf>.

O cinema rumo ao digital

Giuseppe Richeri*

Resumo

Recorrendo aos exemplos dos Estados Unidos e Europa, o autor questiona-se sobre se estarão reunidas as condições técnicas e económicas que permitam a transição do cinema em película para o digital, centrando-se na análise das vantagens, desvantagens e possíveis formas de apoio a este processo.

Abstract

Based upon US and European cases, the author discusses whether technical and economical conditions are gathered in order to allow the transition from film to digital cinema, focusing on the analysis of the advantages, disadvantages and possible forms of support to this transition process.

Será que no cinema, tal como na televisão, a transição para o digital se apresenta como um percurso obrigatório com prazos já definidos? Estarão já reunidas as condições técnicas e económicas para se poder codificar e memorizar de forma binária, gravar em disco óptico, transmitir via satélite ou cabo e projectar nas salas o “produto” cinematográfico?

Será realista pensar, como afirma um relatório da Screen Digest para o Ministério da Cultura, Media e Desporto britânico que, em 2005, existirão em todo o mundo 10 mil salas de cinema digital e que, dentro de 20 anos, o cinema terá abandonado completamente a película e será distribuído unicamente sob forma digital, por satélite, cabo ou DVD?

Sabemos que as tentativas de previsão dos tempos e modos de adopção das novas tecnologias da comunicação efectuadas junto das famílias e empresas, no momento da sua verificação, mostraram-se, quase sempre, muito imprecisas. Sabemos também que há mais de 20 anos, desde o projecto de J.C. Edeline para os cinemas da UGC francesa, no final dos anos 70, que existiram, tanto na Europa como nos Estados Unidos, diversos projectos, todos eles mal sucedidos, para distribuição de filmes via satélite.

* Professor da Universidade Suíça Italiana de Lugano.

No entanto, hoje, as perspectivas do cinema digital parecem mais realistas e aumenta o número de adeptos do sector, convencidos de que essa seja a estrada a seguir pela indústria cinematográfica para sustentar o confronto com o número crescente de meios e serviços de entretenimento que competem pela conquista do dinheiro e do tempo do público.

Nos últimos três anos, os projectos de cinema electrónico foram retomados com vigor pelo facto de as barreiras técnicas estarem substancialmente superadas e por parecer que a imagem digital projectada nas salas de cinema está prestes a igualar (superar, de acordo com alguns) a imagem dos filmes de 35 milímetros.

Entre as indústrias técnicas já há muito que existem tanto marcas históricas como de criação recente que, sozinhas ou em *joint venture*, oferecem produtos e serviços para a digitalização das imagens cinematográficas, a sua arquivagem e encriptação, a sua compressão, transmissão e projecção nas salas. Os nomes destas empresas são mais ou menos conhecidos: Qualcomm, QuVis, Micro Mirror e GLV, Texas Instruments e Silicon Light, Barco, Sony e JVC, Technicolor e Kodak, etc.

Os filmes distribuídos também em suporte digital começam a ser numerosos e as salas que dispõem de vídeo-projectores digitais são já às centenas em vários países: dos Estados Unidos ao México, da França ao Canadá.

Em Novembro de 2000, a Cinema Connexion, filial da Boeing, e a AMC Entertainment, proprietária do cinema Empire New York, organizaram a primeira transmissão via satélite de um filme ("Bounce" produzido em 2000 pela Miramax e realizado por Don Roos) em formato digital e de alta definição.

Diversos produtores e realizadores exprimiram-se a favor ou abraçaram já o cinema digital, considerando-o não só auspicioso, mas inevitável para o futuro do cinema.

Brad Hunt, director do departamento tecnológico da Motion Picture Association, afirmou recentemente: "olhamos para o cinema digital como

uma grande ocasião para melhorar a experiência do consumo cinematográfico na sala. Os consumidores têm à disposição cada vez mais oportunidades de investir o seu tempo livre e vemos no cinema electrónico a ocasião para manter competitiva a experiência cinematográfica. O objectivo dos nossos associados é melhorar, através do cinema digital, o que hoje está nos ecrãs."

George Lucas digitalizou o primeiro episódio de Star Wars, produzido pela Fox em 1999, e realizou directamente em digital o segundo episódio. O realizador mostrou-se convencido pelos recentes desenvolvimentos tecnológicos que permitem realizar todo o ciclo de produção-distribuição do cinema com meios digitais, sem perder a qualidade da imagem em relação aos filmes de 35 milímetros e disse "tudo isto está para acontecer porque deve acontecer. Eu amo o cinema, mas o cinema é uma invenção do século XIX. O século do cinema pertence ao passado. Agora estamos na idade do digital e procurar manter em pé um velho meio tecnológico é limitativo e dispendioso, não é viável."

Mas Lucas e Hunt são apenas duas das pessoas mais conhecidas entre as que no mundo da técnica, da criação artística e da indústria do cinema se exprimiram a favor do cinema digital.

O terreno em geral parece, portanto, fértil. Para melhor compreender as vantagens que o cinema digital pode comportar e as barreiras que deve superar será útil, no entanto, observar mais em detalhe alguns aspectos do fenómeno.

O ciclo completo do cinema digital inicia-se com a realização do protótipo e termina com a projecção nos ecrãs. É inútil sublinhar as vantagens económicas oferecidas na fase de promoção, efeitos especiais, pós-produção, dos meios digitais quando esses são capazes de garantir uma qualidade das imagens, em todas as suas variantes, semelhantes às da película de 35 milímetros.

O protótipo deve ser (caso não o seja à partida) digitalizado, encriptado e comprimido para poder ser transmitido via satélite, cabo ou através de um

suporte físico como o DVD, nas salas de cinema dotadas de projectores digitais.

Esta nova modalidade de distribuição compreende uma variação sensível dos custos para alguns agentes do sector e, além disso, outros efeitos que é oportuno evidenciar.

As principais vantagens económicas são:

- A eliminação dos custos da cópia e impressão do filme: o protótipo é memorizado e arquivado em um ou mais servidores digitais a partir dos quais é reencaminhado para *hub* regionais ou directamente para as salas de cinema;

- A redução dos custos de distribuição: com a difusão directa via satélite para as salas de cinema, eliminam-se os custos de distribuição da película aos representantes regionais e a entrega às salas que os projectam;

- A eliminação do risco de fazer um número de cópias do filme superior ou inferior à procura real: no primeiro caso, as cópias ficam inutilizadas no arquivo, no segundo existe o risco de perder uma parte do público;

- Com o cinema digital evita-se a distribuição de centenas ou milhares de cópias do filme no final do seu ciclo de vida comercial.

Com base nos dados disponibilizados pela MPAA em 2000, o custo de impressão e distribuição dos filmes nos Estados Unidos atingiram 1,4 mil milhões de dólares, enquanto para o conjunto dos 5 maiores países europeus estima-se que tenha rondado os 400 milhões de dólares. Perante a possibilidade de poupar 1,4 mil milhões de dólares no mercado dos Estados Unidos, estima-se um novo custo de 500 milhões de dólares para a eventual digitalização, arquivação e encriptação, compressão e transmissão via satélite dos “filmes” digitais (B. Brewin, 2000); ainda que seja oportuno observar que se tratam de custos tendencialmente decrescentes;

Assinalam-se também outras vantagens:

- A qualidade das imagens e do som digital: esta é constante e inalterável em relação ao original, enquanto no caso da película se verifica uma primeira degradação no que respeita ao original, provocada pelos sistemas de impressão da película a alta velocidade, e uma segunda degradação, provocada por cada passagem nos projectores;

- Um maior controlo em relação à pirataria: com a distribuição cinematográfica digital encriptada é possível “marcar” cada projecção de modo a identificar a sala, a data e hora em que foi efectuada uma eventual cópia pirata, identificando deste modo o “ponto fraco” da cadeia. A este propósito note-se que o prejuízo provocado à indústria discográfica pela venda de cópias piratas dos filmes se estima em 2,5 mil milhões de dólares (P. Sun, 2000); o prejuízo económico produzido pela pirataria é muito alargado e está em forte crescimento se tomarmos em consideração que, segundo estimativas anunciadas por Jack Valenti, presidente da MPAA, numa conferência em Las Vegas, “Actualmente são ilegalmente descarregados (da Internet) todos os dias cerca de 270 mil filmes. Até ao final do ano estima-se que serão pirateados diariamente pelos americanos um milhão de filmes.” (Valenti, 2000)

- A maior flexibilidade da programação cinematográfica: a sala pode diferenciar mais facilmente a programação por faixas horárias e por públicos distintos durante o dia e pode projectar o mesmo filme em diferentes horários com bandas sonoras em diversas línguas (uma vez que na distribuição digital facilmente se separa o som da imagem)

- A maior flexibilidade em inserir *trailers* e publicidade local nas projecções

- A utilização da sala para projecções de espectáculos não cinematográficos como acontecimentos musicais, desportivos, etc.

Se estas são as principais potencialidades do cinema digital tal como têm sido apresentadas até ao momento nos convénios e na bibliografia que lhe é dedicada, seria também útil observar as condições e os factores críticos do sucesso.

Antes de mais, parece evidente que as principais vantagens da passagem ao cinema digital dizem respeito à produção e à distribuição que pode reduzir sensivelmente os custos e aumentar o grau de controlo sobre a gestão das salas de cinema. Enquanto as vantagens para os exibidores são menos evidentes ou, pelo menos, menos imediatas.

Os exibidores devem ter, à partida, uma propensão para a inovação tecnológica que comporta a disponibilidade para a aprendizagem, adaptação e reorganização da própria actividade. Assim, deverão estar aptos a enfrentar o novo investimento para se dotarem do equipamento necessário para receber, dar forma ao filme (desmodular, descriptar, descomprimir, etc.), armazenar e projectar o produto digital. Um conjunto de custos que hoje se avalia em cerca de 200 mil dólares. Ainda que tendencialmente em descida, são custos muito elevados em relação aos 20-30 mil dólares de um normal projector de película cinematográfica.

O exibidor, para valorizar um tal investimento deve também estar apto a aproveitar as novas oportunidades, investindo mais na programação, na diversificação das projecções entre os eventos não cinematográficos e, sobretudo, no conhecimento do seu público e no marketing dos seus serviços. Para o exibidor trata-se de adquirir uma série de competências empresariais que hoje estão ausentes em muitos casos, à excepção dos gestores dos grandes circuitos, de mega e multiplex.

Em síntese, a passagem para o digital arrisca, por um lado, a marginalizar e expulsar, em muitos países como em Itália, uma parte relevante dos exibidores que não têm nem o capital, nem a capacidade de actualizar as próprias capacidades

profissionais. Por outro lado, poderá provocar um processo de concentração das salas nas mãos de um número limitado de empresas.

Perante este panorama, são diversas as possibilidades de encontrar os capitais necessários para apoiar a transição para o digital. Pelo menos quatro podem indicar um caminho que não seja excessivamente traumático:

- O exibidor organiza-se sozinho ou com capitais próprios, com empréstimos ou subsídios disponibilizados pelo Estado (que considera útil a passagem para o cinema digital, por exemplo, nas áreas de baixa densidade populacional, etc.) na esperança que o digital possa desenvolver o seu conjunto de negócios – soluções que dificilmente podem ser generalizadas;
- O exibidor, perante o investimento digital, negocia uma percentagem maior das suas receitas, compartilhando as vantagens económicas produzidas pela redução dos custos da distribuição – solução de difícil negociação;
- Os distribuidores (individuais ou grupos) destinam ao equipamento das salas uma parte consistente das poupanças resultantes da passagem ao digital, solução que reforça o poder dos distribuidores em relação aos exibidores e que se presta a discriminações geográficas e temporais entre as várias salas;
- Terceiros que financiam e gerem a implantação do digital nas salas à escala regional ou local e desempenham o papel de intermediários entre as distribuidoras e os exibidores entre os quais recebem uma taxa fixa ou variável; solução que introduz um novo sujeito numa cadeia de valor já consolidada.

Mas existem outros aspectos críticos que devem ser considerados.

Para motivar os actores que devem conduzir a mudança, é necessário que o digital seja capaz de melhorar de forma significativa a experiência de

quem frequenta as salas de cinema e que represente um benefício real para os exibidores em termos de público.

Por outro lado, será necessário criar um standard mundial que permita distribuir e projectar os produtos cinematográficos digitais em qualquer lugar tal como hoje acontece com os filmes de 35 milímetros. O que significa que cada componente do sistema digital deve ser realizado de acordo com standards claramente definidos e interfaces que garantam a interoperabilidade entre os diversos aparelhos. Componentes e tecnologias devem, pois, basear-se em standards abertos se se quer intensificar a competição entre os diversos produtores e vendedores dos equipamentos e dos serviços e melhorar o nível de assistência e dos preços. O ciclo de vida dos equipamentos deve ser suficientemente longo para garantir a amortização dos investimentos, o que significa que os aparelhos devem ser compatíveis com o progresso tecnológico, evitando que, para obter níveis de qualidade superior, se devam substituir.

Colocam-se, pois, problemas relacionados com a segurança do transporte dos sinais e da sua legítima utilização para evitar, por um lado, possíveis interrupções dos serviços e, por outro, formas de pirataria.

Neste campo entram em jogo novos actores que complexificam o processo de decisão e organização na fileira cinematográfica entre os quais:

- As empresas electrónicas que produzem projectores digitais, aparelhos de recepção, descodificadores, sistemas de memorização, etc.;
- As empresas que integram os serviços no local do consumo e que asseguram a instalação e manutenção dos equipamentos;
- As empresas que fornecem os serviços de digitalização, de codificação, compressão e arquivo central;
- As empresas de telecomunicações que fornecem o transporte dos sinais (ficheiros digitais);

- As empresas que fornecem o interface das redes para o controlo do copyright, das transacções, etc.;

- As empresas que fornecem novos conteúdos (não cinematográficos, etc.), novos serviços (videoconferência, etc.) e novos instrumentos de marketing.

De modo a que a transacção para o digital decorra com baixos encargos económicos e maiores vantagens para os actores tradicionais da fileira cinematográfica, será útil reduzir o mais possível a fragmentação geográfica e temporal. Seria útil evitar que o standard tradicional e o novo coexistam por um tempo demasiado longo impedido que se gerem economias de escala. Ao nível macro-económico, num mercado como o dos Estados Unidos, a dimensão do investimento exigido pela indústria cinematográfica tradicional justifica uma transição para o cinema digital não muito dilatada no tempo. Indicativamente pode observar-se que, estando o digital em pleno funcionamento, a poupança média anual sobre os custos de distribuição pode atingir mil milhões de dólares: se durante os próximos dez anos existisse um crescimento médio anual de 10% das salas digitais, a poupança acumulada nesse período poderia atingir os 6 mil milhões de dólares, número que não está longe do investimento total necessário para equipar (a custos actuais) as 37 mil salas. Mas quem estará apto a fazer os primeiros investimentos para accionar e conduzir a “velocidade cruzeiro” a transição para o digital? Quem está apto e deseja coordenar e organizar a contribuição dos vários actores para que esta transição se dê com todas as características, e necessárias garantias, para gerar o efeito “bola de neve”? Como poderá tudo isto acontecer noutras regiões do mundo onde as dimensões geográficas e económicas mais limitadas e a maior fragmentação política, tornam muito mais difícil a coordenação e organização dos vários factores necessários ao arranque e ao desenvolvimento do cinema digital?

Bibliografia

- BREWIN, B., "Satellite Delivery of Feature Film Debuts", in *Computerworld*, 27 de Novembro, 2000.
- OLIN, D., *Digital Cinema Business Issues*, IBC-Amsterdam, 10 de Setembro, 2000.
- SUN, P., "The Future of Movies", in *Widescreen Review*, nº 4, 2000.
- VALENTI, J., "Traveling that Sweet Road that Leads to Success". Conferência apresentada em Las Vegas, 6 de Março, 2000.

Legitimação política e acontecimentos cerimoniais*

Mário Mesquita**

Resumo

Mário Mesquita discute, neste artigo, a conexão estabelecida por Daniel Dayan e Elihu Katz entre as categorias de «acontecimentos cerimoniais» (conquista, confrontação e coroação) e as formas de legitimação do poder identificadas por Max Weber (carismática, racional-legal e tradicional). A dificuldade em articulá-las radica na natureza ideal-típica de ambas as categorizações. Para o autor, o valor do «cruzamento» entre os dois quadros analíticos consiste, sobretudo, em apontar a origem histórica dos «acontecimentos mediáticos» contemporâneos e ajudar a compreender o respectivo significado.

Abstract

Mário Mesquita discusses the linkage established by Daniel Dayan and Elihu Katz between the categories of media events comprised in their theory of ceremonial television (conquest, contest and coronation) and the types of legitimacy identified by Max Weber (charismatic, rational-legal and traditional). It is not an easy task to establish a clear relation between a certain type of legitimacy and a ceremonial event, since it is not possible to find in historical reality the «ideal-types» of each of the analytical frameworks. But the approach between the weberian theory and the Dayan and Katz's classification characterises the historical origin of contemporary ceremonial forms and explains their meaning.

* Comunicação proferida na Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Vigo (campus de Pontevedra), no âmbito das VII Jornadas de Comunicação Social e Administração Pública, a 29 de Setembro de 2000.

** Professor de Ciências da Comunicação na Universidade Nova de Lisboa e na Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias

O estudo da televisão cerimonial e a identificação dos principais «géneros» em que se desdobra foi efectuado, essencialmente, pelas investigações de Daniel Dayan e Elihu Katz¹, em especial após a análise exaustiva da visita de Anouar el Sadat a Israel, em 1977². A pré-história das telecerimónias iniciou-se, porém, com os trabalhos de Lang e Lang³, acerca do regresso de MacArthur aos Estados Unidos, e de David Chaney⁴, sobre a coroação da Rainha Isabel II.

Elihu Katz distingue três categorias de acontecimentos cerimoniais⁵: *Coroações*, *Competições* e *Conquistas*. Estas formas cerimoniais

¹ Daniel Dayan e Elihu Katz, *A história em directo – os acontecimentos mediáticos na televisão*, Coimbra, Minerva, 1998.

² Daniel Dayan e Elihu Katz (com a colaboração de Pierre Motyl), «Sadat em Jerusalém», in *Revista de Comunicação e Linguagens*, nº 21-22 (Comunicação e Política), Lisboa, Edições Cosmos, 1995.

³ K.Lang e G.E.Lang, «The unique perspective of television», in *American Sociological Review* 18, p. 3, 1953.

⁴ David Chaney, *A symbolic mirror of ourselves: civic ritual in mass society*, in *Media, Culture, Society* (5)3, 1983, pp. 119-135.

⁵ Considero preferível a designação «acontecimentos cerimoniais», por ser mais precisa do que a de «acontecimentos mediáticos», usada no original inglês do livro de Dayan e Katz, e mais abrangente do que a de «telecerimónias», proposta na versão francesa do mesmo texto. Para uma análise mais desenvolvimenda desta questão cf. Mário Mesquita, «La construction télévisuelle d'événements heureux», in *Dossiers de l'Audiovisuel*, nº 91, Paris, Institut national de l'audiovisuel – La documentation française, Maio-Junho de 2000.

não são encaradas enquanto tipologia, susceptível de esgotar o género, mas, consoante as suas próprias palavras, como «as principais possibilidades» de desenvolvimento das narrativas mediáticas. Não se exclui, porém, o surgimento de cerimónias híbridas ou ambíguas, dificilmente enquadráveis em qualquer das categorias enunciadas.

As *coroações* correspondem a cerimónias fortemente ancoradas na história, como as tomadas de posse dos governantes, os casamentos reais ou os funerais de Estado. Inserem-se na tradição cerimonial do «espaço público burguês re-feudalizado», como lhe chamou Habermas, que se baseava num conceito de «representação» dissociado de qualquer ideia de discussão pública: «a esfera pública transforma-se numa corte, cujo prestígio é encenado perante o público – em vez de desenvolver uma crítica no seio desse mesmo público»⁶.

Este tipo de guião cerimonial funciona como uma presentificação do passado, estabelecendo pontes entre o «tempo em que a autoridade estava ancorada na tradição» e as sociedades contemporâneas. As cerimónias deste tipo funcionam como uma espécie de «retrovisor»⁷, em que o espelho é sempre deformante. A encenação, inspirada na história, constitui-se como uma quase-ficção. A este propósito, Dayan e Katz distinguem duas formas de recepção alternativas destes argumentos cerimoniais: numa delas as cerimónias representam uma espécie de prolongamento da tradição nas estruturas de poder contemporâneas, enquanto na outra são recebidas apenas como ficções que recriam um certo sentimento nostálgico.

As *competições* englobam confrontos inseridos num quadro de regras aceite pelos contendores.

⁶ Jürgen Habermas, *L'espace public – Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, Payot, 1988, p. 209.

⁷ Régis Debary, *L'État séducteur*, Paris, Gallimard, p. 114.

Destinam-se a exibir o modo do sistema político e as normas racionais e legais que presidem ao respectivo funcionamento. Esta categoria integra os afrontamentos políticos nos media. Está em jogo um despique entre dois ou mais antagonistas, mas, simultaneamente, existe uma prévia aceitação e uma celebração implícita da ordem democrática, na medida em que os contendores aceitam subordinar-se a regras preestabelecidas.

As *conquistas* coincidem com o domínio por excelência do «performativo cerimonial». O recurso ao *agir ritual* permite ultrapassar determinadas situações de facto, «desintermediando»⁸ instituições e actores tradicionais, com vista a abrir caminho a novas soluções. A «diplomacia do gesto» – estudada pelos autores no Médio Oriente ou nas visitas do Papa à Polónia ao tempo da «democracia popular» – representa o exemplo clássico. São acontecimentos cerimoniais que visam produzir efeitos performativos. Apela ao modelo carismático. Na teoria de Dayan e Katz merecem especial atenção por serem apontadas como «prova» de que as cerimónias não estão condenadas a ser conservadoras. Podem facilitar a mudança, desempenhando um papel *transformativo*. Permitem criar novos contextos simbólicos com vista a ultrapassar o sistema existente.

«Ao deslocar-se a Israel – escrevem Dayan e Katz⁹ –, correndo graves riscos junto das forças políticas do seu país e, em geral, do mundo árabe, Sadat modificou, com o seu exemplo, o estado da opinião pública lançando, com isso, um desafio aos dirigentes políticos de Israel. A tónica é colocada no

⁸ A expressão «desintermediar», inspirada pelo mundo financeiro, é usada por Elihu Katz a fim de qualificar a situação em que um protagonista principal se dirige ao público «sobre a cabeça dos intermediários tradicionais, através de um novo meio». Nesse sentido, poderia dizer-se que Franklin D. Roosevelt desintermediou o Congresso, ao falar directamente ao povo através das suas «conversas à lareira», transmitidas pela rádio. Cf. Dayan e Katz, *A História em Directo – os acontecimentos mediáticos na televisão*, Coimbra, Livraria Minerva, 1999, p. 205 e *passim*.

⁹ Daniel Dayan e Elihu Katz, *loc. cit.*, p. 280.

ritual, no cerimonial, na festa, tanto a nível nacional como internacional. (...) Já não se trata de uma rotina representada por actores ausentes perante espectadores estóicos, mas de uma acto cuja audácia provoca um efeito de fascínio.

O acontecimento é dramático. O mundo inteiro serve de público.»

Este conceito de telecerimónia – tal como é apresentado por Dayan e Katz – não engloba os rituais banalizados que muitas vezes se efectuam perante a indiferença dos cidadãos. Pelo contrário, estão em causa *interrupções* na cadência normal dos programas e da vida das pessoas, tal como os dias feriados ou os acontecimentos festivos. O acontecimento surge associado à proposta de um tema para meditação que deverá, em princípio, corresponder a algo de excepcional. Traço definidor é também o directo televisivo que garante a emoção, ao introduzir elementos de imprevisibilidade e de risco, visto que há sempre qualquer coisa que pode correr mal na transmissão em tempo real.

II

Os *media events* são considerados, pelos autores da teoria da televisão cerimonial, como «ratificações» das formas de legitimação da autoridade analisadas por Max Weber. As categorias de «acontecimentos mediáticos» corresponderiam, em linguagem weberiana, respectivamente aos fundamentos de legitimidade «tradicional», no caso das *Coroações*; «racional-legal», no das *Competições*; e «carismática», nas *Conquistas*.

Os tipos de dominação, na teoria weberiana, «são também tipos de legitimação do Poder»¹⁰, na medida em que se ligam «ao tipo de pretensão que os detentores do poder têm para a legitimidade do

seu poder»¹¹. No tipo de dominação tradicional o fundamento do pedido de obediência é: «obedece-me porque o povo sempre o fez»; na carismática, «obedece-me porque eu posso transformar a tua vida»; na legal, «obedece-me porque eu sou o teu superior segundo a lei».

Se considerarmos, na sua complementaridade, o Governo e a Administração Pública, os tipos de telecerimónias estudados por Dayan e Katz só excepcionalmente se relacionam com as situações mais frequentes e estereotipadas, muitas vezes mais próximas da etiqueta e do protocolo do que do grande cerimonial político, na medida em que neste se possa vislumbrar uma réstia de sagrado.

Raras vezes as cerimónias da administração pública, entendida em sentido restrito, enquanto corpo de funcionários, assumem a natureza de acontecimentos mediáticos dotados das características de dramaticidade que permitam incluí-los na categoria criada por Dayan e Katz. Emotivas e mobilizadoras as telecerimónias constituem, afinal, as excepções às situações rotineiras de tomadas de posse ou viagens de Estado.

No caso específico da administração pública – ou da burocracia, para recorrermos à linguagem weberiana – é sobretudo a forma cerimonial da *coroação* que está em causa. Muito embora a administração fundamente a respectiva legalidade na subordinação ao poder político sufragado pelo sufrágio universal, a forma de «publicidade» que melhor a serve implica o reforço da imagem de autoridade através das encenações herdadas da tradição e potenciadas pelas modernas formas de comunicação política. Neste sentido – diria Habermas – está em causa «menos a *opinião pública* do que a *opinião* no sentido de reputação»¹². O conceito de opinião, neste caso, reconduz-se à apresentação pública, ao *aparecer* – ou *parecer* – em público.

¹⁰ Julien Freund, «Max Weber», in *Enciclopedia Universalis* (Corpus), vol.23, Paris, E.U. France, 1990, p. 831.

¹¹ Frank Parkin, *Max Weber*, Oeiras, Celta Editora, 2000, pp. 58-59.

¹² Jurgen Habermas, *ibidem*.

III

Seria «necessário confrontar as três categorias de acontecimentos (mediáticos) com as três formas de dominação segundo Weber»? A pergunta é de Pierre Sorlin¹³ e surge no âmbito de uma crítica ao livro *Media Events*. Sorlin levanta a questão, exprime a dúvida, sugere a discordância, mas não ensaia a resposta. É o que se tentaremos fazer neste artigo...

A primeira observação destina-se a sublinhar que, entre as formas de legitimação enunciadas por Weber e as categorias de telecerimónias, existe uma convergência na relevância concedida ao *carisma* pelo autor de *Economia e Sociedade* e às *cerimónias transformativas* (as *conquistas*) no caso dos investigadores da sociologia da comunicação.

Esta convergência na valorização das intervenções carismáticas, enquanto modo de «desintermediar»¹⁴ burocracias instaladas ou estados de opinião pública bloqueadores da acção política, radica em épocas históricas muito diversas. Da Alemanha do princípio do século, em que Weber viveu e pensou, ao Estado de Israel neste final de século, centro de irradiação da diáspora a que Dayan e Katz estão ligados, medeia uma enorme distância. Contudo, esses contextos históricos devem ser tidos em consideração para se compreender plenamente a «ponte» estabelecida entre os «ideal-tipos» weberianos e a classificação de cerimónias de Dayan e Katz, sem reduzir os méritos explicativos das teorias apenas às circunstâncias históricas em que foram formuladas.

A relevância atribuída por Max Weber à liderança carismática no âmbito da democracia parlamentar, enquanto forma de ultrapassar os interesses oligárquicos, foi objecto de muitas especulações e controvérsias. A vontade de articular a democracia parlamentar com a chefia plebiscitária guiou a

participação de Weber nos trabalhos preparatórios da Constituição de Weimar. E a polémica acerca desta opção político-institucional do sociólogo prolonga-se até aos nossos dias.

A estratégia constitucional de Max Weber passava pela sua análise do bloqueio da acção política na Alemanha de Bismark pela interposição dos burocratas e funcionários da monarquia. O sociólogo desejava libertar a acção política do peso dos burocratas através da eleição directa do Presidente da República e do reforço dos poderes do Parlamento¹⁵. A força carismática dos líderes constituiria a forma de assegurar o predomínio do «homem de cultura» sobre o «especialista» ou o «técnico», da política como vocação sobre a política como burocracia¹⁶.

Nas análises sobre a televisão cerimonial de Dayan e Katz, o contexto histórico do Médio Oriente e o impasse nas relações entre Israel e os países árabes ajudaram a valorizar a influência dos políticos carismáticos, maximizada pela televisão, com vista a ultrapassar situações de conflito internacional.

A dificuldade em articular as formas de legitimação do poder, identificadas por Weber, com a classificação, igualmente tripartida, dos acontecimentos cerimoniais, radica na fluidez de ambas. Não existem formas de legitimação em estado puro, nem tipos cerimoniais que se recortem sem ambiguidades. O próprio Weber esclareceu que se trata de «ideal-tipos», pois, na realidade as formas carismáticas, racional-legal e tradicional surgem, quase sempre, combinadas, em situações compósitas.

Em relação às formas cerimoniais a situação é análoga. Dayan e Katz esclarecem que «alguns acontecimentos não correspondem completamente a qualquer um dos três guiões dominantes»¹⁷.

¹³ Pierre Sorlin, «Media Events. The live broadcasting of History, de Daniel Dayan et Elihu Katz», in *Réseaux*, nº 57, Paris, Jan-Fev 1993, p. 157.

¹⁴ Cf. nota 8 deste artigo.

¹⁵ Cf. Sven Eliasson, «Constitutional Caesarism: Weber's politics in their German context», in Stephen Turner (ed.), *The Cambridge Companion to Weber*, Cambridge, University Press, 2000, pp. 131-148.

¹⁶ Peter Lassman, «Politics, power and legitimation», in Stephen Turner (ed.), *op. cit.*, p. 95 e *passim*.

¹⁷ Cf. Daniel Dayan e Elihu Katz, *op. cit.*, p. 37 e *passim*.

Proliferam as fórmulas híbridas ou, mesmo, aquelas que, no decurso da própria transmissão em directo, se revelam camaleónicas, evoluindo gradualmente de um argumento para outro, transformando, por exemplo, uma *coroa*ção numa *conquista*.

Ora, se não é fácil isolar cada uma das formas de dominação-legitimação ou das categorias cerimoniais, não pode resultar evidente a correspondência automática entre os «ideal-tipos» weberianos e os acontecimentos cerimoniais. O teledebate, por exemplo, foi classificado por Dayan e Katz na categoria das competições, a qual, em teoria, remete para a legitimação do tipo racional-legal. Mas, na prática, o debate televisivo pode transformar-se de fórum de argumentação em palco de ratificação de uma personalidade carismática. A troca de argumentos, em determinadas circunstâncias, revela-se menos persuasiva do que o modo como o corpo de um dos contendores se impõe em relação ao outro, através da fisionomia, da pose, da gestualidade, do débito de voz, da naturalidade (tantas vezes, estudada). O teledebate pode evoluir de *competição* para *conquista* em que a legitimação carismática prepondera sobre a vertente racional-legal.

O valor do «cruzamento» entre a análise weberiana e o estudo do cerimonial televisivo reside, sobretudo, em apontar a origem dos «acontecimentos mediáticos» contemporâneos. Nesta perspectiva, a aproximação entre o funeral do Presidente da República e as exéquias do Rei resulta evidente, embora não se possa esquecer que o recurso contemporâneo, nos regimes de democracia política (muito em especial nas monarquias constitucionais), às formas de cerimonial tradicional, reconfiguradas pelos media, se processa no quadro da legitimação de um sistema racional-legal.

As telecerimónias, herdeiras de antigos rituais políticos, coexistem nos ecrãs da televisão com actos de comunicação política moderna, designadamente de *marketing* político. Apelando a

uma memória longínqua, representam tentativas para ligar o exercício contemporâneo do poder a velhas tradições, mesmo que se trate de «tradições inventadas», nos termos do conceito proposto por Eric J. Hobsbawm¹⁸. Com efeito, o historiador estudou manifestações simbólicas recriadas em torno da emergência de nacionalismo nos séculos XVIII e XIX (bandeiras e hinos nacionais, hinos e muitas outras...) se inscrevem com maior propriedade no domínio da encenação do que no da história com pretensões científicas. Esta invenção de tradições relaciona-se, por vezes, com a emergência de Estados-nação. «Os grupos sociais – escreve Hobsbawm – recorreram a novos instrumentos com a finalidade de assegurar ou de exprimir a coesão e a identidade da sociedade e de estruturar as relações sociais»¹⁹.

Em teoria, nas sociedades democráticas, correspondentes ao domínio racional-legal, os mecanismos de representação deveriam ser suficientes para estabelecer a legitimidade política. Só a imperfeição ou a crise desses mecanismos explicam a necessidade de recurso à simbólica política, através da recriação de rituais anteriores à laicização do poder.

O cerimonial político é um instrumento, entre outros, de legitimação do poder que serve para reforçar ou suprir lacunas de mecanismos constitucionais como seja o mandato conferido pelo eleitorado aos seus representantes. Inscrevendo os gestos de poder em liturgias provenientes de outras eras, introduz-se um *placebo* que permite colmatar, ao menos em parte, as insuficiências e as imperfeições da representação democrática.

A mediatização das liturgias do poder – em especial, no caso das democracias europeias, através dos canais da televisão pública – funciona como um contrapeso à banalização televisiva da imagem dos líderes políticos que contribuí, no dizer

¹⁸ Eric J. Hobsbawm, *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

¹⁹ Eric J. Hobsbawm, *op. cit.*, p. 263.

de Paddy Scannell, para «a decadência da aura e para a erosão do carisma»²⁰.

Wagner Pacifici²¹ entende que o equivalente nas complexas sociedades contemporâneas ao papel do ritual nas sociedades antigas é o teatro político, que requer a disponibilidade dos políticos, sindicalistas, especialistas e outros actores com acesso à palavra no palco mediatizado. Os acontecimentos políticos contemporâneos são interpretados como narrativas, enquadradas numa teoria dos géneros. Além disso, os actores políticos agem tendo em conta guiões preestabelecidos e os respectivos efeitos em termos de representação política. A principal distinção entre o modelo do teatro e o do ritual, na óptica da autora, é que nas sociedades complexas não existe um só centro difusor, mas «uma competição entre diversos centros de discurso simbólico»²².

O «teatro político» situa-se a meio caminho entre o ritual e o espectáculo. Comunga com os rituais no poder de transformação. Está mais próximo do espectáculo naquilo que se refere à natureza opcional da participação e da crença, bem como na consciência da sua natureza de construção. No centro e na periferia desta representação podem encaixar-se vários rituais, mas no âmbito de uma construção teatral²³ mais ampla, em que não está presente a segurança e a homogeneidade do cerimonial das sociedades antigas²⁴.

Outros autores consideram pertinente aplicar o conceito de ritual às sociedades contemporâneas, incluindo a mediatização da política e, naturalmente, as cerimónias televisivas. O antropólogo Marc Augé²⁵ entende que a capacidade de modernização das sociedades contemporâneas depende da possibilidade de transformar, através da mediatização, o «dispositivo ritual restrito», outrora dominante, num «dispositivo ritual alargado», conceito indissociável da ideia de *mise en spectacle* do mundo, isto é, de uma «proliferação de imagens que se impõe cada vez mais aos cidadãos-espectadores».

O «dispositivo restrito» subsume-se no modelo presencial do orador frente à multidão, enquanto no «dispositivo alargado» se exprime – no dizer de Marc Augé²⁶ – «um paradoxo fundamental: um só (político) fala para todos e simultaneamente para cada um; é o paradoxo conjugado da democracia representativa e do sistema dos media».

A noção de Augé de «dispositivo ritual alargado» é mais ampla do que a de telecerimónia, pois abrange todo o campo da política mediatizada. Neste aspecto, as telecerimónias denotam uma especificidade: funcionam com base num duplo público, o presencial e o telespectador, sendo o primeiro transformado pela televisão numa factor de autenticação da cerimónia. A ausência do espectador presencial prejudica, quando não anula, o «contrato cerimonial» implicitamente estabelecido entre o poder político e/ou religioso, os media e os telespectadores.

Que papel estará reservado, no futuro, às telecerimónias, perante uma televisão cada vez mais fragmentada e especializada? Que restará do «grande público», antes unificado pelas televisões públicas europeias ou pelas grandes «networks» norte-americanas, actualmente a dispersar-se pela multiplicação de canais temáticos?

²⁰ Paddy Scannell, «Media Events», in *Media, Culture, Society* (vol.17), Londres, Sage, 1995, p. 155.

²¹ Robin Erica Wagner-Pacifici, *The Moro Morality Play – Terrorism as a Social Drama*, Chicago, The University of Chicago Press, 1986.

²² Robin Erica Wagner-Pacifici, *op. cit.*, p. 277.

²³ No caso Aldo Moro, analisado por Wagner-Pacifici, os actores políticos agem no quadro de um «melodrama social», em que reina o maniqueísmo. O bem e o mal confrontam-se, sem lugar para meios termos, ao contrário do que sucede na tragédia em que as personagens são complexas e multifacetadas. A análise dramatúrgica de Wagner-Pacifici inspira-se nas fases do «melodrama» delineadas por Victor Turner: a transgressão (o rapto), a crise (os cinquenta e cinco dias), o reequilíbrio (o aparecimento do corpo) e, por fim, a reconciliação ou o cisma (simbolizado em duas cerimónias fúnebres paralelas e na posterior ruptura da aliança entre a Democracia Cristã e o PCI).

²⁴ Robin Erica Wagner-Pacifici, *op. cit.*, p. 283.

²⁵ Marc Augé, *Pour une anthropologie des mondes contemporains*, Paris, Aubier, 1994, p.112 e passim.

²⁶ Marc Augé, *op. cit.*, *ibidem*.

Daniel Dayan, optimista quanto ao futuro do «género», prevê que as telecerimónias serão um dos poucos espaços em que será possível congregar, num espírito comunitário, o «grande público» nacional ou internacional. «É sem dúvida prematuro – escreve Dayan²⁷ – anunciar a morte das televisões generalistas. Se, no entanto, essa eventualidade viesse a verificar-se, poderia prever-se um belo futuro para os encontros em directo com o conjunto da população. As cerimónias seriam então o esboço de uma nova utilização do *medium*».

Fora da campo cerimonial, a comunicação política contemporânea afigura-se cada vez mais dominada pela proximidade e pela banalidade, afastando-se dos restos de sagrado legados pela tradição. Régis Debray sustenta que o *Estado sedutor* contemporâneo se situa cada vez mais no registo do contacto e da proximidade, afastando-se de formas mais exigentes de elaboração simbólica. Não obstante, em momentos excepcionais, as grandes emoções colectivas congregam-se em volta das telecerimónias. Se lembrarmos os funerais de Diana ou de Mitterrand, as grandes manifestações nas cidades de Espanha contra os atentados «etarras» – para nos circunscrevermos apenas ao domínio político – o «breve século xx» encerra-se com identificações de massas mundializadas pela televisão. Todas elas asseguram um papel integrativo e homogeneizador do ponto de vista social. E, nestas situações de excepção, o modelo presencial da retórica antiga²⁸ – o orador e o seu auditório, a multidão e os seus chefes – articula-se com o dispositivo ritual alargado: a rádio e os seus ouvintes, o televisor e os seus telespectadores.

²⁷ Daniel Dayan. «Cérémonies télévisées», in Lucien Sfez (org.), *Dictionnaire Critique de la Communication*, vol. 2, Paris, PUF, 1993, p. 1011.

²⁸ Cf., a propósito da ligação entre os acontecimentos cerimoniais, Mário Mesquita, «Retóricas da Comunicação: do Jornalismo às Telecerimónias», in *Intercom – Revista Brasileira de Comunicação*, São Paulo, Vol. XX, nº 2, Julho/Dezembro de 1997, pp. 65-83.

Referências bibliográficas

Livros

- ARON, Raymond, *La sociologie allemande contemporaine*, Paris, Quadrige/Presses Universitaires de France, 1981.
- ARON, Raymond, *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967.
- AUGÉ, Marc, *Pour une anthropologie des mondes contemporains*, Paris, Aubier, 1994.
- DAYAN, Daniel e KATZ, Elihu, *A história em directo – os acontecimentos mediáticos na televisão*, Coimbra, Minerva, 1998.
- DEBRAY, Régis, *L'État séducteur*, Paris, Gallimard, 1993.
- GIDDENS, Anthony, *Sociologia*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, *L'espace public – Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, Payot, 1988.
- HOBBSBAWM, Eric J., *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- PARKIN, Frank, *Max Weber*, Oeiras, Celta Editora, 2000.
- RAYNAUD, Philippe, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, Quadrige/ Presses Universitaires de France, 1996.
- WAGNER-PACIFICI, Robin Erica, *The Moro Morality Play – Terrorism as a Social Drama*, Chicago, The University of Chicago Press, 1986.
- WEBER, Max, *Économie et société/1 – Les catégories de la sociologie*, Paris, Pocket, 1995.
- WEBER, Max, *Économie et société/2 – L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, Paris, Pocket, 1995.
- TURNER, Stephen (ed.), *The Cambridge Companion to Weber*, Cambridge, University Press, 2000.

Artigos

- CHANEY, David, «A symbolic mirror of ourselves: civic ritual in mass society», in *Media, Culture, Society* (5)3, 1983, pp. 119-135.
- DAYAN, Daniel, «Cérémonies télévisées», in Lucien Sfez (org.), *Dictionnaire Critique de la Communication*, vol. 2, Paris, PUF, 1993.
- DAYAN, Daniel e Elihu Katz (com a colaboração de Pierre Motyl), «Sadat em Jerusalém», in *Revista de Comunicação e Linguagens*, nº 21-22 (Comunicação e Política), Lisboa, Edições Cosmos, 1995.
- ELIARSON, Sven, «Constitutional Caesarism: Weber's politics in their German context», in Stephen Turner (ed.), *The*

- Cambridge Companion to Weber*, Cambridge, University Press, 2000, pp. 131-148.
- FREUND, Julien, «Max Weber», in *Enciclopedia Universalis* (Corpus), vol.23, Paris, E.U. France, 1990, p. 831.
- LANG, K. e G.E.Lang, «The unique perspective of television», in *American Sociological Review*, nº 18, 1953.
- LASSMAN, Peter, «Politics, power and legitimation», in Stephen Turner (ed.), *The Cambridge Companion to Weber*, pp. 83-98
- MESQUITA, Mário, «O performativo cerimonial – da praça pública à televisão», in *Revista de História das Ideias*, nº 15, Instituto de História e Teoria das Ideias, Faculdade de Letras, Universidade de Coimbra, 1993.
- «Retóricas da Comunicação: do Jornalismo às Telecerimónias», in *Intercom – Revista Brasileira de Comunicação*, São Paulo, Vol. XX, nº 2, Julho/Dezembro de 1997, pp. 65-83.
- «La construction télévisuelle d'événements heureux», in *Dossiers de l'Audiovisuel*, nº 91, Paris, Institut national de l'audiovisuel – La documentation française, Maio-Junho de 2000.
- SCANNEL, Paddy, «Media Events», in *Media, Culture, Society* (vol.17), Londres, Sage, 1995.
- SORLIN, Pierre, «Media Events. The live broadcasting of History, de Daniel Dayan et Elihu Katz», in *Réseaux*, nº57, Paris, Jan-Fev 1993, p. 157.

revista observatório n.º 1 – Maio 2000

OS MEDIA NA ERA DIGITAL	
José Manuel Nunes	
<u>Digital Audio Broadcasting (DAB) – A rádio do ano 2000</u>	9
Francisco Pinto Balsemão	
<u>De que falamos quando falamos em televisão digital terrestre?</u>	15
Pedro Jorge Braumann	
<u>A televisão digital: tendências e perspectivas</u>	21
Francisco Rui Cádima	
<u>A televisão digital (DVB-T) e as políticas do audiovisual no contexto da Sociedade de Informação</u>	27
Enrique Bustamante / J.M. Alvarez Monzocillo	
<u>Espanha: a produção audiovisual no limiar do digital</u>	35
Valério Cruz Brittos	
<u>Os 50 anos da TV brasileira e a fase da multiplicidade da oferta</u>	47
Helder Bastos	
<u>A Internet no jornalismo</u>	61
Maria João Taborda	
<u>O espaço público da telefonia sem fios. A rádio, de Brecht à Internet</u>	69
Fernando Magalhães Crespo	
<u>Situação actual e perspectivas de evolução da rádio em Portugal</u>	85
Paulo Faustino	
<u>A imprensa regional em Portugal: estado da arte e práticas de gestão</u>	89
André Lange	
<u>Diversidade e divergências no financiamento dos organismos de radiotelevisão de serviço público na União Europeia</u>	97
CINEMA, MULTIMÉDIA E SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO	
Gustavo Cardoso	
<u>Os jogos multimédia como meta-sistema de entretenimento</u>	105
Pedro Behran da Costa	
<u>Cinema e audiovisual: balanço 1996/1999</u>	125
José Dias Coelho	
<u>Sociedade de Informação: o desafio do século XXI</u>	131
CRÓNICAS	
Luís Penha e Costa, Américo Guerreiro e João Loureiro	135

revista observatório n.º 2 – Novembro 2000

OS MEDIA NAS REGIÕES	
Manuel Chaparro Escudero	
<u>Perspectivas da rádio local em Espanha. Alternativas à globalização</u>	9
Francisco Vacas Aguilar	
<u>A televisão local em Espanha</u>	27
Pedro Coelho	
<u>A Europa da proximidade</u>	35
Francisco Rui Cádima	
<u>Os media regionais face à TV local</u>	49
TELEVISÃO	
Luís Bonixe	
<u>O Ombudsman na televisão. Uma estratégia de credibilidade</u>	55
Mónica Miranda	
<u>Dragon Ball, Pokémon e as crianças-ciborgues</u>	65
Giuseppe Richeri	
<u>As plataformas digitais e a evolução da indústria audiovisual</u>	83
Isabel Albuquerque	
<u>Novos rumos da TV pública no Brasil</u>	95
CINEMA	
José Maria Álvarez Monzoncillo e Javier López Villanueva	
<u>Os altos e baixos do cinema espanhol</u>	103
José Filipe Costa	
<u>A revolução de 74 pela imagem: entre o cinema e a televisão</u>	113
RÁDIO	
Rogério Santos	
<u>Nos 75 anos de emissões regulares de rádio - Histórias de pioneiros</u>	125
ESTATÍSTICA	
José António Santos	
<u>Concepção de indicadores económicos para uma base de dados do sector da comunicação em Portugal</u>	135
RECENSÕES	
	151

Proposta de Assinatura

Se deseja assinar *observatório*, recorte este talão e envie-o, devidamente preenchido, para
OBERCOM – Observatório da Comunicação, Palácio Foz, Praça dos Restauradores – 1250-187 Lisboa



Assino a revista *observatório* (números 4 e 5 de Novembro 2001 e Maio 2002). Junto envio:

Nome _____

Morada _____

Localidade _____ Código Postal _____

Telef.: _____ Fax: _____ E-mail: _____

Contribuinte _____

Banco _____ Cheque n.º _____

Cópia de ordem de pagamento bancário no valor de _____

sobre o banco _____

Preços da assinatura anual

- Normal: 3500\$00
- Estudantes: 3200\$00 (Juntar fotocópia de cartão identificativo)
- Pagamentos em moeda estrangeira: US\$

Os preços indicados incluem IVA à taxa de 5%. Portes, no território nacional, a cargo do OBERCOM.

Guia para propostas de originais

A observatório aceita artigos inéditos da área da Comunicação, entendida esta no seu sentido mais amplo e multidisciplinar. As propostas para publicação serão analisadas pela Direcção da revista e pelo Conselho Técnico-Científico, sempre que tal se justifique, não sendo devolvidos os originais que não sejam publicados.

Solicita-se que os originais sejam enviados já devidamente revistos, em diskette (word para PC), tenham como limite máximo 20 mil caracteres (cerca de 16 páginas) e sejam acompanhados da respectiva cópia impressa e de um resumo com cerca de 400 caracteres, em português e inglês. Em alternativa, podem ser enviados por e-mail para inform@obercom.pt.

Os autores devem vir referenciados com a instituição, empresa ou universidade a que pertencem e respectiva função ou cargo.

As notas e referências bibliográficas deverão ser colocadas no final do texto, de acordo com o seguinte critério:

Livro: Apelido, Nome próprio, *Título do livro*, Editor, Local de edição, ano (e página, quando se tratar de citação).

Artigo de revista: Apelido, Nome próprio, «Título do artigo», Nome da revista, número, data, Local de edição e páginas.

Texto de colectânea: Apelido, Nome próprio, «Título do texto», in Apelido, Nome próprio (org.)/(ed.), *Título da colectânea*, Editor, Local de edição, ano, páginas.

As citações devem abrir e fechar com aspas, sendo assinaladas por nota final, de acordo com os critérios acima expostos. Os vocábulos noutras línguas devem ser formatados em itálico.

A observatório aceita também propostas de resenhas de livros publicados recentemente no mercado nacional e internacional. A dimensão neste caso não deve exceder os 2000 caracteres.

Próximo número da observatório (n.º 4, Novembro 2001)

Entre outros temas:

História da Rádio em Portugal

A observatório aceita propostas de artigos sobre este ou outros temas na área da Comunicação.

observatório

revista do **obercom**
observatório da
comunicação

Palácio Foz
Praça dos Restauradores
1250-187 Lisboa
Tel: 21 322 13 19
Fax: 21 322 13 20
Email: inform@obercom.pt
<http://www.obercom.pt>