

Responsividade do Sistema Sancionatório da Radiodifusão Brasileira

Responsiveness of the Brazilian broadcasting regulatory system of sanctions

Submetido(submitted): 08/12/2015

Parecer(revised): 09/01/2016

Aceito(accepted): 20/01/2016

Marcelo Barros da Cunha*

Resumo

Propósito – O propósito deste artigo foi avaliar a responsividade do sistema sancionatório aplicável aos concessionários, permissionários e autorizatários de serviços de radiodifusão no Brasil.

Metodologia/abordagem/design – A pesquisa se utilizou da teoria responsiva da regulação de Ayres e Braithwaite como parâmetro para a análise crítica do sistema sancionatório da radiodifusão brasileira.

Resultados – A pesquisa revelou que o sistema sancionatório não incentiva o cumprimento de obrigações legais, contratuais e normativas, uma vez que as penalidades não estimulam o diálogo entre regulador e regulado, há obstáculo legal para a aplicação da punição máxima, a cassação, e já ocorreu a prescrição de multas no passado.

Implicações práticas – Os resultados desta pesquisa poderão subsidiar os reguladores brasileiros no desenvolvimento de um sistema sancionatório mais responsivo e eficaz para os serviços de radiodifusão.

Originalidade/relevância do texto – A pesquisa introduz a discussão sobre responsividade no modelo regulatório brasileiro de radiodifusão.

Palavras-chave: radiodifusão, regulação, sanção, responsividade, *enforcement*.

Abstract

Purpose – The purpose of this paper is to evaluate the responsiveness of the system of sanctions applicable to broadcasting concessionaires in Brazil.

Methodology/approach/design – The research considered the theory of responsive regulation proposed by Ayres and Braithwaite as parameter for the critical analysis of the Brazilian broadcasting regulatory system of sanctions.

Findings – The research concluded that the system of sanctions does not encourage concessionaires to comply with its legal, contractual and regulatory obligations, as penalties do not promote dialogue between regulator and regulated firms. There are legal obstacles for the application of the maximum penalty of revocation of concession, and some fines imposed on concessionaires in the past could not be collected as they were barred by statute of limitations.

*Possui graduação em Engenharia de Comunicações pelo Instituto Militar de Engenharia e graduação em Direito pelo Instituto de Educação Superior de Brasília. É especialista em Controle da Regulação de serviços públicos pelo Instituto Serzedello Corrêa/TCU. Atualmente é Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, exercendo a função de Secretário de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações. Email: cunhamb@tcu.gov.br.

Practical implications – *The findings of this research may be considered by Brazilian regulators on the development of a more responsive and effective system of sanctions for broadcasting.*

Originality/value – *The research introduces the discussion on responsiveness regarding the Brazilian broadcasting regulatory model.*

Keywords: Broadcasting, regulation, sanction, responsiveness, enforcement.

Introdução

Atualmente no Brasil, a regulação da exploração de serviços de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão) comporta um complexo sistema de divisão de competências, instituído pelo art. 223 da Constituição de 1988, que compreende a participação de entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário nos processos de outorga, renovação e cancelamento de concessões, permissões e autorizações.

No âmbito de Poder Executivo, compete ao Ministério das Comunicações a condução e a instrução da licitação ou do processo seletivo da entidade a ser outorgada, bem como assinar com o concessionário, permissionário ou autorizatário o contrato de concessão ou termo de permissão ou de autorização. O ato de outorga deve ser apreciado pelo Congresso Nacional, gerando efeitos somente após sua aprovação.

Ao Ministério das Comunicações cabe ainda a fiscalização da prestação do serviço, bem como a aplicação de sanções por desconformidades identificadas, especificamente no que se refere às obrigações impostas pelos termos contratuais e pela regulamentação setorial, excluindo-se a referente a aspectos técnicos, que foi atribuída à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) pela Lei nº 9.472/1997 (LGT – Lei Geral de Telecomunicações). No entanto, para que ocorra o cancelamento de uma outorga válida, a exemplo da aplicação de sanção de cassação pelo Poder Concedente, deve haver apreciação pelo Poder Judiciário, conforme consignado na Constituição brasileira.

O desenho de um sistema de sanções voltado a uma atividade regulada, como a radiodifusão, tem por fito incentivar o cumprimento de obrigações legais, regulamentares ou contratuais pelas entidades outorgadas. Desse modo, a identificação de desconformidades na prestação do serviço traz por consequência a aplicação de uma penalidade, cuja expectativa deve estimular o operador a fazer os investimentos que forem necessários para cumprir seus deveres. Assim, a atividade de fiscalização encontra-se intrinsecamente ligada à de sanção, e os efeitos da expectativa de recebimento da penalidade em diversas gradações sobre o comportamento do regulado traduz-se no conceito de responsividade desenvolvido por Ayres e Braithwaite (1992).

A possibilidade de aplicação de sanções mais duras pelo regulador deve ser um indutor para a criação de ambientes colaborativos com os regulados. Assim, conforme leciona Braithwaite (2011, p. 483), o regulador, ao identificar desconformidades, independentemente de sua gravidade ou intensidade, deve primeiro adotar diálogo, seguindo para penalidades mais brandas e posteriormente para as mais graves e de maior custo apenas quando falhar a persuasão.

Nesse sentido, o presente artigo busca analisar o sistema sancionatório estabelecido no marco jurídico-regulatório da radiodifusão à luz da teoria responsiva da regulação, a fim de identificar se o modelo hoje vigente comporta aperfeiçoamentos em seus aspectos processuais, de modo a incentivar os radiodifusores a atender os requisitos de prestação do serviço impostos pela normatização setorial e pelos termos contratuais.

A relevância da regulação da radiodifusão

A discussão sobre o desenho de mecanismos de regulação dos meios de comunicação de massa, em especial os de rádio e de televisão, tem recebido nas últimas décadas atenção cada vez maior por parte de governos, de organismos multilaterais e da sociedade civil, na busca por um equilíbrio entre a garantia da liberdade de expressão e o atendimento às demandas das comunidades pelo amplo exercício do direito à comunicação.

Carlsson (2003) descreveu os debates ocorridos em fóruns internacionais, nas décadas de 1970 e 1980, em torno da proposta de estruturação de uma nova ordem internacional que privilegiasse o balanceamento do fluxo de informações entre países e reduzisse a desigualdade na distribuição dos meios de comunicação. Nesse sentido, o célebre relatório produzido pela Comissão MacBride (UNESCO, 1980), instituída pela Unesco para estudar os problemas de comunicação no mundo, concluiu pela necessidade de independência real e de identidade cultural da mídia nos países em desenvolvimento, bem como da democratização da comunicação no que se refere ao acesso e à participação das comunidades.

As propostas de formulação de um modelo internacional de regulação para a mídia não foram implementadas àquela época, especialmente em decorrência das pressões de países que defendiam uma visão mais liberal de liberdade de expressão, no que se refere à garantia de um fluxo livre de informações sem controles estatais e sem subordinação à vontade da coletividade, o que levou os Estados Unidos e o Reino Unido a se retirarem da Unesco em 1985.

Ocorre que a profunda evolução tecnológica trazida pelas tecnologias de informação e comunicação na distribuição e no acesso a conteúdos de mídia em

plataformas diversificadas, possibilitada pela expansão do acesso à Internet nos últimos anos, aprofundou o fenômeno de concentração em grandes redes globais de mídia (CASTELLS, 2009). Esses grupos não mais distribuem suas produções apenas por jornais, revistas, rádio ou televisão, mas também por computadores, telefones e redes sociais, que aumentam seu alcance mundial e uniformizam conteúdos muitas vezes afastados das realidades locais.

Nesse contexto, crescem os desafios para a estruturação de *enforcement* regulatório em meios de comunicação no mundo como um todo, o que tem reacendido a preocupação da sociedade com o tema. No âmbito brasileiro se coloca de igual modo a argumentação quanto à necessidade de se criar instrumentos regulatórios adequados a assegurar a liberdade de expressão e o direito à comunicação de forma equilibrada em uma era de mídias globalizadas, de modo a que os grupos de mídia atendam às regulamentações de interesse coletivo. Ramos (2002) ressalta a necessidade de se estabelecerem políticas para a democratização das comunicações no Brasil, colocando como uma das estratégias para sua consecução a existência de um ambiente regulatório que nivele ao máximo as possibilidades de ação de toda a sociedade em todas as etapas dos processos normativos.

Tem-se, portanto, como de elevada importância o protagonismo da regulação como instrumento para a efetivação da liberdade de expressão e do direito à comunicação no seio da sociedade. Há que se verificar a efetividade dos processos regulatórios de comunicação já existentes, a fim de se identificar oportunidades de ajustes, sendo objeto de discussão nesse artigo especificamente a estruturação de *enforcement* regulatório na radiodifusão brasileira.

A teoria responsiva da regulação e o *enforcement*

A teoria responsiva, desenvolvida por Ian Ayres e John Braithwaite (1992), tem como foco o desenho de um sistema processual que busque incentivar a persuasão do regulado a cumprir as obrigações impostas pelo regulador e criar um ambiente de diálogo e colaboração entre estes, de modo a maximizar a efetividade da regulação setorial e a reduzir desconformidades legais, regulamentares ou contratuais.

Nesse sentido, os autores destacam que a regulação deve ser responsiva à estrutura do mercado regulado, considerando para isso que diferentes estruturas devem levar a diferentes graus e formas de regulação. A regulação deve ainda ser responsiva à conduta e ao comportamento dos regulados ou do mercado como um todo, de modo a adotar estratégias de maior ou menor intervenção. Assim, a responsividade aponta para uma variedade de abordagens regulatórias, não prescrevendo uma solução única, mas sim indicando que algumas soluções

podem ter melhores resultados que outras a depender do contexto em que se inserem.

Desse modo, ao invés de debater a necessidade de maior ou menor regulação de forma genérica, os autores sugerem uma estratégia de *enforcement* “olho por olho” (*tit-for-tat enforcement*), na qual o fato de o regulador possuir variadas formas de sanção, com gravidade crescente, possibilita que, paradoxalmente, ele possa dialogar com os regulados de forma mais efetiva.

Nesse ponto, Ayres e Braithwaite (1992, p. 19) argumentam que, enquanto uma estratégia regulatória baseada unicamente em persuasão e autorregulação sofrerá abuso pelos regulados movidos pela racionalidade econômica, uma estratégia fundada principalmente em punições irá reduzir a boa vontade dos regulados que forem motivados por um senso de responsabilidade. Ressaltam ainda que a aplicação de punições é custosa, gastando recursos em litígios que poderiam ser melhor aplicados no monitoramento dos regulados e na sua persuasão, além de levá-los a se mobilizar contra a regulação e a explorar brechas jurídicas.

Como meio de implementar estratégias de regulação “olho por olho”, os autores apresentam pirâmides de medidas crescentes de *enforcement* que respondem aos objetivos diversos dos regulados, de forma que a intervenção do regulador se torna cada vez mais intensa e profunda, escalando a pirâmide, na medida em que os regulados se recusam a atender demandas regulatórias. A existência de uma pirâmide de *enforcement* explícita torna mais provável que o regulado opte por cumprir suas obrigações.

A construção de uma pirâmide de *enforcement* deve considerar em sua base, na qual deve estar centrada a maior parte da atuação do regulador, as tentativas de persuasão dos regulados a atender as demandas regulatórias. Caso essas tentativas sejam infrutíferas, o regulador deve escalar a pirâmide rumo ao próximo mecanismo disponível, que pode ser um alerta ou uma advertência. Se o regulado permanecer em uma situação de não atendimento da demanda ou da obrigação, deve o regulador utilizar o mecanismo seguinte, a exemplo da aplicação de uma multa.

Enfim, o regulador deve ter diversas gradações de sanções a seu dispor, inclusive as mais intensas, a exemplo da suspensão da outorga ou mesmo a sua cassação, e utilizá-las de forma comedida, em resposta ao comportamento do regulado. Isso significa dizer, por exemplo, que não deve usar a pena máxima para um primeiro descumprimento regulamentar, mas sim após reiteradas recusas do regulado em cumprir com suas obrigações. De igual forma, não pode o regulador dispensar totalmente a aplicação de penalidades mais drásticas, ou não as ter como disponíveis.

Ainda de acordo com os autores, reguladores que contam apenas com a possibilidade de aplicação da sanção mais drástica podem enfrentar a

impossibilidade política ou jurídica de utilizá-la a não ser para irregularidades extremas, deixando as de menor relevância sem resposta. Nessas situações, o regulador acaba por não poder aplicar qualquer penalidade para as inconformidades de baixa gravidade, o que acaba por estimular o regulado ao descumprimento das demandas regulatórias.

Já quando o regulador conta com um número de opções de sanção, o regulado considerará que nem todas as penalidades disponíveis poderão ser utilizadas para um determinado tipo de desconformidade, mas calculará a probabilidade de receber uma sanção mais ou menos severa, o que implica em custos que podem o levar a preferir o diálogo com o regulador. Isso porque a cada descumprimento de obrigações o regulado poderá sofrer penalidades gradualmente mais intensas, porém politicamente aceitáveis, de modo que serão efetivamente aplicadas.

Nesse sentido, é a certeza de que a aplicação da pena será efetiva, seguindo um mecanismo de gradação que responde ao comportamento do regulado, que acaba por incentivá-lo a assumir os custos necessários para cumprir suas obrigações ao invés de resistir e enfrentar os custos da punição que verdadeiramente sofrerá.

Um exemplo de pirâmide de *enforcement* de sanções encontra-se reproduzido na Figura 1, extraída e adaptada de Ayres e Braithwaite (1992, p. 35).



Figura 1 – Exemplo de pirâmide de *enforcement* de sanções

Os autores ressaltam que, além dessa pirâmide de *enforcement* de sanções, focada no comportamento de um determinado regulado, deve ainda ser considerada uma pirâmide de *enforcement* de estratégias regulatórias, voltada a assegurar a responsividade da regulação ao comportamento do mercado regulado como um todo. Esse tipo de pirâmide indica a possibilidade de se

escalar para uma maior intensidade de intervenção em resposta a um menor grau de cumprimento das demandas regulatórias pelo mercado.

Um exemplo de pirâmide de *enforcement* de estratégias regulatórias pode considerar em sua base a autorregulação, ou seja, uma estratégia inicial de mínima intervenção do regulador sobre o mercado. Caso o mercado abuse da autorregulação e não cumpra com os objetivos regulatórios, pode-se escalar para uma estratégia de autorregulação forçada, a qual, se infrutífera, pode ainda caminhar para estratégias de regulação comando-e-controle, aumentando o nível de intervenção estatal sobre o mercado. Novamente, a sinalização clara sobre a possibilidade de se escalar a pirâmide acaba por incentivar o diálogo e a negociação em sua base.

Assim, a conjunção de pirâmides de sanções e de estratégias regulatórias à disposição do regulador estimulam um ambiente em que, quanto maior a intensidade e a aplicabilidade das punições disponíveis, maior será a disposição dos regulados para colaborar. Em suma, os autores ressaltam que uma teoria que busque uma regulação mais cooperativa deve possuir, portanto, três fatores: uso de *enforcement* “olho por olho”; acesso a uma hierarquia de sanções e a uma hierarquia de intervenção regulatória (as pirâmides de *enforcement*); e uma pirâmide alta, ou seja, que a sanção mais severa tenha intensidade punitiva elevada.

Tem-se, portanto, na teoria responsiva uma proposta de construção de mecanismos que buscam incentivar o cumprimento, pelos regulados individualmente, e pelo mercado como um todo, das obrigações legais, regulamentares e contratuais típicas da exploração de uma atividade regulada. Como uma teoria processual da regulação, afasta-se da discussão em tese sobre necessidade de maior ou menor intervenção estatal em um determinada mercado, para afirmar que a regulação deve responder ao comportamento dos regulados e ser capaz de incentivá-los à cooperação e não ao litígio.

Como meio para concretizar esse incentivo à cooperação, a teoria responsiva apresenta o desenho de um sistema de sanções e de intervenções que sejam gradualmente mais intensas na medida em que haja descumprimentos pelos regulados. No que se refere especificamente às sanções, essas devem estar disponíveis ao regulador para aplicação, em intensidades que mais estimulem o diálogo do que a resistência, sem dispensar a possibilidade de aplicação de sanções drásticas. Tais sanções drásticas, no entanto, devem poder ser efetivamente aplicadas, quando tais respostas forem necessárias a condutas extremas e reiteradas dos regulados, sem sofrer limitações políticas ou jurídicas, sob risco de a impossibilidade prática de aplicação da sanção servir como estímulo ao descumprimento das demandas regulatórias e não à colaboração.

Passa-se, na próxima seção, a uma descrição do marco regulatório vigente do sistema de *enforcement* e de aplicação de sanções no mercado

brasileiro de radiodifusão, a fim de posteriormente avaliar sua responsividade à luz da teoria ora apresentada.

O sistema sancionatório na regulação da radiodifusão

A regulação da exploração de serviços de radiodifusão encontra disciplina geral nos arts. 220 a 224 da Constituição Federal, na Lei nº 4.117, de 27/8/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT), no Decreto-Lei nº 236, de 28/2/1967, na Lei nº 9.612, de 19/2/1998 (Lei da Radiodifusão Comunitária) e em diversas normas infralegais, das quais se destacam o Decreto nº 52.795, de 31/10/1963, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, e o Decreto nº 2.615, de 3/6/1998, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão Comunitária. Tais normativos estabelecem o sistema vigente de obrigações do prestador do serviço de radiodifusão, de fiscalização de seu cumprimento e de sanção por desconformidades identificadas.

A Constituição de 1988 consagrou a liberdade de pensamento, criação, expressão e informação, no art. 220, afastando qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, mas com respeito à vedação ao anonimato, ao direito de resposta proporcional ao agravo e à indenização por dano moral ou à imagem; à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; e ao sigilo da fonte necessário ao exercício profissional.

Ocorre que a Carta brasileira tratou também de indicar, no art. 221, princípios que devem ser seguidos na produção e na programação das emissoras de rádio e televisão: preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; e respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

No art. 222, a Constituição impôs limitação à propriedade das empresas de radiodifusão a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos ou, ainda, a pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e com sede no país, desde que ao menos setenta por cento do capital total e do capital votante pertençam direta ou indiretamente a brasileiros nas mesmas condições. Foram também restritos aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos a gestão e o estabelecimento do conteúdo da programação das empresas de radiodifusão, bem como a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada.

Nota-se, portanto, que a despeito de a ampla liberdade de expressão ser assegurada na Carta de 88, a atividade das empresas de radiodifusão conta com princípios e limitações que atuam diretamente sobre a gestão empresarial e seus

investimentos, bem como sobre o conteúdo veiculado, em atendimento a interesses da coletividade. A dimensão de que a liberdade de expressão deve observar os interesses dos indivíduos de forma coletiva, em detrimento dos interesses específicos de empresários da radiodifusão e de investidores, encontra harmonia com o reconhecimento do direito à liberdade de opinião e expressão como direito humano, a ser assegurado pelo Estado, tal como expresso no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, abaixo transcrito:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (ONU, 1948)

Finalmente, o art. 223 da Constituição Federal cuida da sistemática de outorga, renovação e cancelamento de concessões, permissões e autorizações para exploração dos serviços de radiodifusão, indicando ainda a necessária observância à complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.

A outorga e a renovação são competência do Poder Executivo, mas tais atos devem ser apreciados pelo Congresso Nacional a fim de que possam produzir efeitos legais. A não renovação da concessão ou permissão deve ser aprovada pelo Parlamento com quórum mínimo de dois quintos, em votação nominal. Já o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. Tais disposições criam limitações à atuação do Poder Executivo, pois estabelecem um modelo de controle legislativo e judicial sobre parcela da atividade regulatória do Poder Concedente dos serviços de radiodifusão sem paralelo existente nos demais serviços públicos que podem ser objeto de outorga, tais como os que seguem a disciplina do art. 175 da Constituição e da Lei nº 8.987, de 13/2/1995.

Também no sentido de participação ativa do Poder Legislativo federal no que se refere à radiodifusão, o art. 224 da Carta Magna brasileira estatui que o Congresso Nacional deverá instituir o Conselho de Comunicação Social como órgão auxiliar, o que foi disciplinado pela Lei nº 8.389, de 30/12/1991.

As normas trazidas pelos arts. 220 a 223 da Constituição carecem de regulamentação específica desde sua promulgação, de modo que os diplomas pré-constitucionais, no que recepcionados, remanesçam como direito aplicável à radiodifusão.¹ No caso, tem-se o Código Brasileiro de Telecomunicações como principal lei de regência, fazendo-se mister ressaltar que a Lei nº 9.472, de 16/7/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), por meio do disposto no art. 215, I,

¹O Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a recepção da Lei nº 4117/1962, em seus aspectos básicos e essenciais, pela ordem constitucional estabelecida em 1988, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 561-MC/DF (Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 23/3/2001).

revogou o CBT exceto quanto a matéria penal nela não tratada e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão.

Ademais, o art. 211 da LGT ressalta que a outorga de serviços de radiodifusão não compete à Agência Nacional de Telecomunicações, mas que a ela cabe elaborar e manter planos de distribuição de canais, considerando a evolução tecnológica. O parágrafo único do referido artigo dispõe ainda que a fiscalização das estações de radiodifusão quanto a aspectos técnicos é de competência da Anatel. Nota-se, portanto, que a competência para fiscalização das demais obrigações legais, regulamentares e contratuais cabíveis aos radiodifusores encontra-se com o Ministério das Comunicações,² em conformidade com o disposto no CBT, como será detalhado em seguida.

O CBT, no art. 38, detalha um conjunto de preceitos e cláusulas que devem ser observados pelas empresas de radiodifusão, a exemplo da necessidade de prévia anuência do Ministério das Comunicações para que a alteração de controle societário e a transferência da outorga tenham validade (alínea “c”); da obrigatoriedade de veiculação do programa “Voz do Brasil”³ (alínea “e”); e da transmissão de no mínimo 5% do tempo de programação para a transmissão de serviço noticioso (alínea “h”).

Outras relevantes obrigações impostas aos radiodifusores pelos arts. 39 e 40 do CBT dizem respeito à transmissão de propaganda partidária gratuita, cuja distribuição dos horários a serem utilizados pelos partidos políticos compete à Justiça Eleitoral, bem como à divulgação de comunicados da Justiça Eleitoral em períodos pré-eleitorais.

Faz-se ainda necessário ressaltar que o CBT elenca, no art. 53, o que deve ser considerado abuso no exercício da liberdade de radiodifusão, constituindo-se em infração de natureza administrativa ao serviço. Há que se notar que das condutas relacionadas como infrações, algumas dizem respeito ao conteúdo das transmissões, a exemplo de: ultrajar a honra nacional; promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião; ofender a moral familiar, pública, ou os bons costumes; caluniar, injuriar ou difamar os Poderes

²Ressalta-se que a redação do CBT atribui ao Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel) as competências de regulamentação, fiscalização e sanção referentes à exploração dos serviços de radiodifusão no âmbito do Poder Executivo federal. Posteriormente, o art. 165 do Decreto-Lei nº 200, de 25/2/1967, promoveu a absorção do Contel pelo então recém-criado Ministério das Comunicações, de modo que o referido órgão setorial assumiu todas as competências daquele conselho.

³Trata-se do programa oficial diário de informações dos Poderes da República, que deve ser retransmitido por todas as emissoras de rádio, de 19h às 20h, exceto sábados, domingos e feriados. A Segunda Turma do STF, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 571.353/RS (Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 16/6/2011), entendeu que a obrigatoriedade de veiculação da Voz do Brasil se reveste de legitimidade jurídico-constitucional.

Legislativo, Executivo ou Judiciário ou os respectivos membros; e veicular notícias falsas, com perigo para a ordem pública, econômica e social.

O Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto nº 52.795/1963, complementa as disposições da Lei nº 4.117/1962, ao explicitar outras obrigações que devem ser observadas pelos radiodifusores, a exemplo do contido no item 12 do art. 28, abaixo transcrito, que trata especificamente sobre o conteúdo da programação:

Art. 28 - As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas aos seguintes preceitos e obrigações:

(...) 12 - na organização da programação:

a) manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a transmissão de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrárias à moral familiar e aos bons costumes;

b) não transmitir programas que atentem contra o sentimento público, expondo pessoas a situações que, de alguma forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico;

c) destinar um mínimo de 5% (cinco por cento) do horário de sua programação diária à transmissão de serviço noticioso;

d) limitar ao máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do horário da sua programação diária o tempo destinado à publicidade comercial;

e) reservar 5 (cinco) horas semanais para a transmissão de programas educacionais;

(...) g) integrar gratuitamente as redes de radiodifusão, quando convocadas pela autoridade competente;

h) obedecer às instruções baixadas pela Justiça Eleitoral, referentes à propaganda eleitoral;

(...) l) irradiar, com indispensável prioridade, e a título gratuito, os avisos expedidos pela autoridade competente, em casos de perturbação da ordem pública, incêndio ou inundação, bem como os relacionados com acontecimentos imprevistos;

m) irradiar informações meteorológicas, em conformidade com a regulamentação;

n) manter em dia os registros da programação;

Ainda no campo das obrigações impostas pela legislação setorial às empresas de radiodifusão, destaca-se que o art. 12 do Decreto-Lei nº 236/1967 estabelece limitação à quantidade de outorgas que uma entidade pode deter. Portanto, um mesmo radiodifusor poderá possuir até seis outorgas de rádio em frequência modulada e dez de televisão em todo o território nacional, sendo no máximo cinco na faixa de frequências VHF e duas por Estado.

A Lei nº 9.612/1998 também traz obrigações positivas e negativas específicas aos autorizatários da radiodifusão comunitária. O § 1º do art. 4º veda o proselitismo de qualquer natureza na programação, bem como os §§ 2º e 3º do citado artigo determinam que as programações de natureza opinativa e informativa devem observar a pluralidade de opinião, sendo assegurado a qualquer cidadão da comunidade beneficiada o direito de emitir opiniões sobre quaisquer assuntos abordados na programação, mediante pedido à direção da rádio.

Somente fundações ou associações comunitárias sem fins lucrativos, legalmente constituídas e devidamente registradas, podem ser autorizadas de radiodifusão comunitária (art. 7º da Lei nº 9.612/1998). Somente uma autorização pode ser outorgada por entidade, e esta não poderá estabelecer vínculos de subordinação ou sujeição a qualquer outra entidade, mediante compromissos ou relações financeiras, religiosas, familiares, político-partidárias ou comerciais (arts. 10 e 11 da Lei nº 9.612/1998). É também vedada a transferência de autorizações de radiodifusão comunitária a qualquer título (art. 12 da Lei nº 9.612/1998).

Ainda como vedações às rádios comunitárias tem-se: a de formação de redes, excetuados casos de guerra, calamidade pública, epidemias e transmissão obrigatória; a de transmitir publicidade, podendo apenas admitir patrocínio sob a forma de apoio cultural; a de cessão ou arrendamento da emissora ou de horários da programação (arts. 16, 18 e 19 da Lei nº 9.612/1998).

Finalmente, a Lei da Radiodifusão Comunitária elenca os atos que constituem infração ao serviço (art. 21): usar equipamentos fora das especificações autorizadas pelo Poder Concedente; transferir a terceiros os direitos ou procedimentos de execução do Serviço; permanecer fora de operação por mais de trinta dias sem motivo justificável; e infringir qualquer dispositivo da referida lei ou da correspondente regulamentação.

Adentrando especificamente no sistema de sanções pelo descumprimento das obrigações legais dos radiodifusores, o CBT indica no art. 59 como penas aplicáveis: a multa; a suspensão até trinta dias; a cassação; e a detenção, sendo essa última aplicável tão somente às infrações penais aos serviços de telecomunicações de que trata a referida, que não são objeto desta pesquisa. O § 1º traz disposição que permite ainda a aplicação de advertência, quando não for justificável a penalização, bem como o § 2º esclarece que a multa poderá ser aplicada isolada ou em conjunto com as demais sanções de que trata o código.

As hipóteses para aplicação de cada tipo de penalidade são explicitadas nos arts. 62, 63 e 64 do CBT, bem como no art. 17 do Decreto-Lei nº 236/1967.

No que tange à graduação da sanção a ser imposta, o art. 61 do CBT é explícito ao afirmar que a pena será imposta de acordo com a infração cometida, devendo ainda considerar como fatores: a gravidade da falta; os antecedentes da

entidade faltosa; e a reincidência específica. Além disso, o art. 60 da multicitada lei atribui ao Ministério das Comunicações a competência para a aplicação das penas de multa e de suspensão, em qualquer caso, e de cassação quando se tratar de permissão. Já a cassação de concessões compete ao Presidente da República, mediante representação do Ministério das Comunicações.

Nesse ponto, mostra-se importante a necessidade de compatibilização desse dispositivo com o art. 223 da Constituição, que indica somente ser possível o cancelamento de outorga antes de vencido o prazo por meio de decisão judicial. Desse modo, a pena de cassação, por se constituir em cancelamento antecipado da outorga, deve ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, não podendo ser aplicada diretamente pelo Poder Concedente. Isso tem sido conduzido por meio da propositura pela União de “ação de desconstituição de outorga” perante a primeira instância da Justiça Federal do Distrito Federal.⁴

Ademais, o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão elenca no art. 122 as possíveis infrações ao serviço de radiodifusão, bem como, nos arts. 127 a 140, detalha o mecanismo de aplicação de sanções e indica explicitamente em quais casos cada tipo de sanção deve ser adotado, conforme apresentado no Quadro 1.⁵

Penalidade a ser aplicada	Infração cometida
Multa	Decreto 52.795/1963, art. 122, itens 1 a 19 Pode ser aplicada conjuntamente com os demais tipos de penalidade
Suspensão de 24 horas	Decreto 52.795/1963, art. 122, item 35
Suspensão de até 15 dias	Decreto 52.795/1963, art. 122, itens 11, 13 a 20, 25, 26, 29, 33 e 34
Suspensão de até 30 dias	Decreto 52.795/1963, art. 122, itens 1 a 10
Suspensão provisória	Decreto 52.795/1963, art. 122, itens 31 a 32
Cassação	Reincidência de infração já punida com suspensão Não correção de irregularidades motivadoras de suspensão já imposta Decreto 52.795/1963, art. 122, itens 27, 28 e 30

⁴Como exemplos de propositura desse tipo de ação citam-se os processos 0008282-66.2008.4.01.3400 (1ª Vara Federal do DF) e 0008378-81.2008.4.01.3400 (13ª Vara Federal do DF). Em ambos os casos houve extinção do feito sem resolução do mérito.

⁵Nota-se que os arts. 138 e 139 do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão tratam de competências para aplicação de sanção que estariam a cargo do Ministério da Justiça e da Justiça Eleitoral. No entanto, cabe observar que o Decreto-Lei nº 236/1967 revogou do texto do CBT as disposições que tratavam dessas competências, de modo que todas as hipóteses de penalização administrativa previstas no regulamento são de competência do Ministério das Comunicações.

Quadro 1 – Tipos de penalidade a serem impostas de acordo com a sanção cometida

Cabe ainda destacar que a Lei nº 9.612/1998, no parágrafo único do art. 21, estabelece como penalidades aplicáveis às rádios comunitárias: a advertência, a multa e a revogação da autorização, esta última em caso de reincidência. O Regulamento do Serviço de Radiodifusão Comunitária, aprovado pelo Decreto nº 2.615/1998, indica que a pena de advertência poderá ser aplicada ao infrator primário, quando a infração for considerada de menor gravidade (art. 38, §1º). Ademais, colaciona no art. 40 quais as infrações na operação de rádios comunitárias que devem ser apenadas com multa.

Finalmente, aponta-se que o Ministério das Comunicações editou a Portaria nº 112, de 22/4/2013⁶, que aprovou o Regulamento de Sanções Administrativas. O referido regulamento busca detalhar critérios para aplicação de sanção, a exemplo de estabelecer uma classificação das infrações ao serviço em leves, médias, graves e gravíssimas, bem como criar parâmetros e critérios para cálculo das multas e de conversão de penalidades mais graves em multa, nos casos de não reincidência e ausência de antecedentes.

Verifica-se, portanto, que o marco regulatório que cuida da exploração dos serviços de radiodifusão impõe um volume considerável de obrigações legais e regulamentares a serem atendidas pelos concessionários, permissionários e autorizatários, incluindo explícitas disposições sobre o conteúdo das transmissões. O sistema sancionatório que busca desestimular irregularidades e descumprimentos de demandas regulatórias conta, em sua essência, com três tipos de sanção: a multa, aplicável isoladamente ou em conjunto com as demais penalidades; a suspensão da exploração do serviço; e a cassação ou revogação da outorga.

A aplicação de advertência depende de juízo do Ministério das Comunicações sobre a não justificativa para penalização. Já a cassação não pode ser aplicada diretamente pelo Ministério das Comunicações, eis que depende de decisão judicial. Quanto à multa e à suspensão, a regulamentação setorial indica explicitamente quando uma ou outra pena deve ser adotada, deixando pouca margem para discricionariedade do regulador na escolha da sanção que se mostraria mais adequada, ainda que o Ministério das Comunicações tenha buscado recentemente ampliar a possibilidade de conversão de penalidades mais graves em mais leves, a exemplo da Portaria nº 112/2013.

Traçado o marco regulatório que estrutura o sistema sancionatório da radiodifusão brasileira, passa-se na próxima seção a uma breve apresentação de

⁶Disponível em:

http://www.mc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26765&catid=273, acesso em 7 dez. 2015.

dados do Ministério das Comunicações sobre a aplicação de sanções aos regulados.

Dados sobre a aplicação de sanções a radiodifusores

Dados obtidos no sítio do Ministério das Comunicações na Internet, datados de 29/9/2014,⁷ indicam a existência de 3.209 outorgas válidas para exploração de serviço de radiodifusão sonora em frequência modulada, 1.921 outorgas de rádios comerciais em amplitude modulada, 4.641 outorgas de radiodifusão comunitária e 543 outorgas de radiodifusão de sons e imagens.

No que se refere à aplicação de sanções pelo Ministério das Comunicações, os dados disponíveis em seu sítio⁸ limitam-se a uma amostra de 339 processos de apuração de infração (PAI) que resultaram em penalizações de radiodifusores ocorridas entre 8/1/2014 e 2/4/2014. Apesar da limitação da amostra, algumas informações mostram-se úteis no sentido de revelar o perfil das sanções aplicadas, conforme sintetizado nas Tabelas 1 e 2.

Penalidade aplicada	Número de PAIs em que foi aplicada
Advertência	9
Multa (de forma isolada)	300
Multa e advertência	23
Multa e suspensão	1
Revogação	3
Suspensão	3

Tabela 1 – Quantidade de PAI em que foi aplicada sanção por tipo de sanção

Modalidade de serviço de radiodifusão	Número de PAIs em que foi aplicada
Radiodifusão comunitária	193
Rádio FM comercial e educativa	80
Televisão comercial e educativa	22
Outros	44

⁷Disponível em: www.comunicacoes.gov.br/documentos/2014_05_29_Geral.xlsx, acesso em 6 dez. 2015.

⁸Disponível em:

http://www.comunicacoes.gov.br/formularios-e-requerimentos/doc_download/1672-sancoes, acesso em 6 dez. 2015.

Tabela 2 – Quantidade de PAI na amostra em que foi aplicada sanção por modalidade de serviço de radiodifusão

Verifica-se uma concentração das penalidades do tipo multa, não havendo ainda indicativo de aplicação da sanção máxima de cassação. A advertência, a revogação de autorização e a suspensão, os outros tipos de sanção cabíveis aos radiodifusores, representam apenas 11% do total de penalidades aplicadas na amostra. Nota-se ainda que a aplicação de sanções atinge em maior número os radiodifusores comunitários, o que se mostra compatível com o número de outorgas existente para essa modalidade de exploração do serviço.

Outra importante informação sobre a aplicação de sanções a radiodifusores diz respeito à ocorrência de prescrição da pretensão punitiva de todos os processos de apuração de descumprimento de obrigações de ordem técnica instaurados pela Anatel contra radiodifusores entre os anos de 1995 e 2007, conforme verificado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em fiscalização julgada por intermédio do Acórdão 84/2014-TCU-Plenário⁹.

A causa principal da ocorrência dessa prescrição maciça, conforme apurado pelo TCU, deveu-se a divergências na interpretação de a quem caberia a aplicação da pena em casos de infração de ordem técnica, se à Anatel, responsável pela fiscalização nos termos da LGT, como visto acima, ou se ao Ministério das Comunicações, que atua como regulador da radiodifusão. Constatou-se ainda que, entre os anos de 2006 e 2011, não foram praticados quaisquer atos processuais com vistas a evitar a ocorrência da referida prescrição.

A tabela 3, reproduzida do relatório de fiscalização do TCU que fundamentou o citado acórdão, apresenta a quantidade de processos de apuração, por sanção aplicada, cuja penalização se encontrava prescrita, conforme inventário levantado pelo Ministério das Comunicações. No caso de multas aplicadas, os dados levantados pelo TCU apontam que a prescrição atingiu créditos no valor de R\$ 6.038.801,99, referentes a 2.324 processos.

Sanção aplicada	Quantidade de processos	% do total de processos
Nenhuma ⁽¹⁾	3.858	46,9%
Multas	3.765	45,7%
não pagas	3.441	41,8%
pagas	324	3,9%
Arquivamento	336	4,1%
Advertência sem multa	209	2,5%
Suspensão sem multa	54	0,7%

⁹ Disponível em:

http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140124/AC_0084_01_14_P.doc, acesso em 6 dez. 2015.

Cassação	9	0,1%
Total	8.231	100%

Tabela 3 – Quantidade de processos de apuração de desconformidades de ordem técnica autuados entre 1995 e 2007 cuja pretensão punitiva prescreveu conforme inventário do Ministério das Comunicações (Fonte: Acórdão 84/2014-TCU-Plenário).

A despeito de eventuais considerações sobre os reais motivos da ocorrência do fato ora descrito, que fogem ao escopo dessa pesquisa, a prescrição de todas as sanções aplicadas a radiodifusores referentes a irregularidades de ordem técnica detectadas num período de doze anos pouco contribui para a criação de um ambiente responsivo ao comportamento dos regulados, de modo a incutir neles a expectativa de uma efetiva aplicação de sanções.

Nesse sentido, passa-se na próxima seção a uma análise crítica do sistema sancionatório da radiodifusão brasileira, considerando todos os aspectos tratados neste artigo.

Análise crítica do sistema sancionatório da radiodifusão

O sistema sancionatório da radiodifusão brasileira estrutura-se, conforme apresentado anteriormente neste artigo, na aplicação de três tipos de sanção: a multa, a suspensão do serviço e a cassação (ou revogação, no caso de autorização) de outorga. Além disso, pode ser aplicada advertência, a juízo do Ministério das Comunicações.

Há que se verificar que a sanção de multa pode ser aplicada de forma isolada ou em conjunto com as demais sanções. Portanto, é possível a aplicação de multa conjugada com a suspensão ou a cassação, não havendo nesse caso gradação de sanções, mas sim o acúmulo. Ademais, como já apresentado, a legislação setorial indica explicitamente em quais casos deve ocorrer a aplicação de cada tipo de penalidade, sendo certo que, recentemente, o Ministério das Comunicações, com a edição da Portaria nº 112/2013, buscou estabelecer alguns parâmetros objetivos para possibilitar a conversão de penalidades grave em leves.

Ocorre que não há discricionariedade no regulador para a escolha da sanção a ser aplicada fora das estritas previsões legais e regulamentares, como já apresentado no Quadro 1 acima. Ademais, os dados de aplicação de sanção apresentados na seção anterior apontam ainda que a advertência, sanção mais leve à disposição do Ministério das Comunicações, tem sido pouco usada em proporção bem menor que a multa, o que demonstra o pouco uso de instrumentos de persuasão e diálogo entre regulador e regulado.

Agrava a situação a constatação de que a efetividade da aplicação de sanções pelo regulador sofre desafios como o descrito no episódio da prescrição

de todas as penalidades aplicadas por razões de ordem técnica num período de doze anos. Isso significa que o regulador enfrenta dificuldades na condução de processos de apuração e na asseguuração de um efetivo recolhimento das multas aplicadas, o que representa uma sinalização ao mercado de que a sanção pode vir a não ser executada. Em um sistema sancionatório responsivo, tal como descrito anteriormente, é essencial que o regulado tenha a certeza de que as sanções à disposição do regulador, caso aplicadas, terão plena eficácia e não enfrentarão limitações políticas ou jurídicas.

O regulador tampouco dispõe efetivamente da possibilidade de aplicar a sua sanção máxima, uma vez que essa depende de decisão judicial. Ou seja, para conseguir aplicar a cassação de outorga, o regulador necessita ingressar com ação judicial, restando a decisão sobre a sanção ao Poder Judiciário e obedecendo a seus ritos e tempo. Desse modo, ainda que o Ministério das Comunicações, em sede de processo administrativo e dentro das hipóteses legais, decida pela necessidade de aplicação da cassação, o Judiciário poderá entender de forma contrária, o que torna incerta a sua efetivação.

Como consequência, o Ministério das Comunicações tem pouca margem para a implementação de uma pirâmide de *enforcement* de sanções como a descrita por Ayres e Braithwaite (1992). Há limitação na possibilidade de gradação de sanções; as penalidades aplicadas não se concentram em uma base inicial de diálogo e persuasão, mas sim na aplicação de multas; a sanção máxima não está à disposição plena do regulador; e a percepção de efetividade da aplicação de sanções é prejudicada por episódios anteriores de prescrição.

Desse modo, o sistema de *enforcement* de sanções que o Ministério das Comunicações dispõe na regulação da radiodifusão tem pouca margem para responder ao comportamento dos regulados, não atendendo aos fatores indicados na teoria responsiva: sanções disponíveis ao regulador para aplicação, em intensidades que mais estimulem o diálogo do que a resistência, e sem dispensar a possibilidade de aplicação de sanções drásticas. Nem todas as sanções estão disponíveis, em especial as mais drásticas, e a aplicação de multas como primeira opção de sanção acaba por prejudicar a possibilidade de negociação entre regulador e regulado.

Conclusão

O presente artigo buscou avaliar a responsividade do sistema sancionatório aplicável aos concessionários, permissionários e autorizatários de serviços de radiodifusão no Brasil, utilizando-se da teoria responsiva da regulação de Ayres e Braithwaite (1992) como parâmetro para a análise crítica.

Verificou-se que o complexo sistema jurídico-regulatório aplicável à regulação da exploração da radiodifusão brasileira impõe diversas obrigações

aos regulados, incluindo demandas regulatórias quanto ao conteúdo veiculado nas transmissões e restrições quanto à propriedade e à transferência de outorgas, bem como aspectos de caráter técnico.

No entanto, o sistema sancionatório de que dispõe o Ministério das Comunicações como instrumento de *enforcement* regulatório apresenta severas limitações para a construção de um modelo responsivo ao comportamento dos regulados. Cada um dos tipos de penalidade disponíveis somente pode ser aplicado nas estritas hipóteses legais, deixando pouca margem para discricionariedade na escolha da sanção mais adequada ao grau de diálogo existente com o regulado, a despeito de tentativas do regulador em estabelecer algumas regras para conversão de sanções.

Ademais, os dados apresentados mostram uma tendência de concentração de sanções nas multas, em detrimento de um uso mais intenso da advertência como meio de se estimular, como primeira medida, a persuasão e a negociação. Soma-se a isso o histórico de prescrição maciça de multas aplicadas a radiodifusores no passado recente, o que pouco contribui para um ambiente de coerção ao oportunismo econômico dos regulados e de incentivo ao cumprimento regulamentar e não à irregularidade.

Adicionalmente, há obstáculo grave à aplicação da sanção máxima pelo regulador, uma vez que deve ser submetida ao escrutínio judicial. Assim, o regulador não tem plenamente disponível a penalidade mais grave do sistema, uma vez que, ainda que decida por sua aplicação, tal medida pode ser revertida pelo Poder Judiciário.

Todos os apontamentos acima contrariam o modelo de responsividade e de *enforcement* proposto por Ayres e Braithwaite (1992), no sentido que o regulador deve possuir um conjunto de opções de sanção, das mais leves às mais drásticas, como meio de incentivar não um ambiente de punição e perseguição, que tem por consequência a resistência à regulação pelos agentes do mercado, mas sim um de diálogo e negociação, no qual o regulado compreende que a colaboração é mais efetiva e menos custosa que o enfrentamento.

Conclui-se, portanto, que o atual sistema de aplicação de sanções a radiodifusores comporta melhorias que tenham por foco reduzir a litigiosidade e criar espaços para o diálogo entre regulador e regulado, bem como uma ampla discussão sobre as limitações à aplicação da sanção máxima.

Referências Bibliográficas

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation: Transcending the deregulation debate**. New York: Oxford University Press, 1992.

- BRAITHWAITE, J. The essence of responsive regulation. **UBC Law Review** 44(3), 475-520, 2011.
- CARLSSON, U. The Rise and Fall of NWICO: From a Vision of International Regulation to a Reality of Multilevel Governance. **Nordicom Review**, v. 2, p. 31-68, 2003.
- CASTELLS, M. **Communication Power**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 6 nov. 2015.
- RAMOS, Murilo César. Comunicação, direitos sociais e políticas públicas. In: PERUZZO, Cicília; BRITTES, Juçara (Orgs). **Sociedade da informação e novas mídias: participação ou exclusão?** São Paulo: INTERCOM, 2002, p. 123-130.
- UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Many Voices, One World: Communication and Society Today and Tomorrow**. Paris: UNESCO/London: Kogan Page. 1980.

Normas e Julgados

- BRASIL. Constituição Federal de 1988.
- BRASIL. Lei nº 4.117, de 27/8/1962.
- BRASIL. Lei nº 8.389, de 30/12/1991.
- BRASIL. Lei nº 8.987, de 13/2/1995.
- BRASIL. Lei nº 9.472, de 16/7/1997.
- BRASIL. Lei nº 9.612, de 19/2/1998.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25/2/1967.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 236, de 28/2/1967.
- BRASIL. Decreto nº 52.795, de 31/10/1963.
- BRASIL. Decreto nº 2.615, de 3/6/1998.
- MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Portaria nº 112, de 22/4/2013.