



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Clara Iglesias

**Liberdade de Expressão e os Mecanismos de Promoção do Pluralismo nos
Meios de Comunicação Social.**

Rio de Janeiro

2011

Clara Iglesias

**Liberdade de Expressão e os Mecanismos de Promoção do Pluralismo nos Meios de
Comunicação Social.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-
Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração:
Direito Público.

Orientador: Professor Dr. Gustavo Binenbojm

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

I24l Iglesias, Clara.

Liberdade de expressão e os mecanismos de promoção do pluralismo nos meios de comunicação social / Clara Iglesias. – 2011.
155 f.

Orientador: Gustavo Binenbojm.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Democracia - Teses. 2. Liberdade de expressão - Teses. 3. Pluralismo (Ciências sociais) – Teses. I. Binenbojm, Gustavo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 321.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Clara Iglesias

**Liberdade de Expressão e os Mecanismos de Promoção do Pluralismo nos Meios de
Comunicação Social.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-
Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração:
Direito Público.

Data de aprovação: 01 de julho de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm (orientador)

Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmento

Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Jaime (*in memoriam*) e Juraci, meu irmão Gustavo e minha avó Rosa – meus exemplos de dedicação acadêmica, profissional e pessoal.

Com amor.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Gustavo Binenbojm, que me apoiou desde o início da minha jornada pelo Mestrado da UERJ, pela excelência acadêmica, disponibilidade e precisão com que me guiou na realização deste trabalho. Tenho certeza de que a nossa convivência nos últimos dois anos é responsável por parcela fundamental do meu amadurecimento como jurista, e de que também devo a ele os eventuais méritos que possam ser verificados neste trabalho. Sinto-me honrada de ter chegado até aqui sob a sua orientação.

Aos demais Professores com quem tive a honra de conviver nos últimos dois anos e meio – Ana Paula de Barcellos, Arícia Fernandes, Carlos Roberto Siqueira Castro, Jane Reis, Luís Roberto Barroso, José Ricardo Cunha, Hércio Assumpção e Ricardo Lobo Torres, pela generosidade com que dividem conosco o valioso conhecimento que a sua dedicação exemplar lhes proporcionou. Ao Professor Daniel Sarmiento, por tudo isso e pelas contribuições essenciais que fez a este trabalho no exame de qualificação, reflexo da atenção que dedica aos que têm a sorte de serem seus alunos.

A Sr^a. Sonia Leitão, secretária da Pós Graduação em Direito da UERJ, pelo suporte solícito, eficiente e carinhoso com que pude contar desde o dia em que cheguei a esta Universidade.

Aos colegas de mestrado, com quem muito aprendi, certa de que a nossa convivência deu leveza e alegria a uma fase que, em alguns momentos, nos exige um esforço qualificado para superação de obstáculos – em especial, aos meus colegas de turma Cristiana De Santis Mello, Daniela Giacomet, Fabiano Gomes, Jorge Munhós e Roberto Moreno. Pela parceria especial, agradeço a Alice Voronoff, Leonardo Carrilho e Thiago Magalhães, certa de que a amizade que construímos ainda me permitirá testemunhar muitos outros de seus sucessos.

Aos colegas da Agência Nacional do Cinema, com quem, diariamente, troco material bibliográfico e experiências que contribuíram para este estudo e continuarão contribuindo para a minha formação profissional e pessoal. Pela compreensão fundamental, ao Superintendente de Fiscalização (e meu chefe) Tulio Faraco e a Jéssica Garcia.

A todos os amigos que ajudaram com livros, críticas, debates, pesquisas e, principalmente, com as palavras de estímulo e afeto de que eu precisei em alguns momentos. Tenho sorte de ter todos vocês na minha vida. Em especial, à minha Tia Cláudia, pela ajuda com as traduções, e ao amigo Marcos Vinicius, pela revisão do texto.

À minha querida família, pela confiança e afeto com que me apóiam em tudo o que eu faço e encampam meus sonhos como se fossem os seus próprios. O que eu sou hoje, eu devo a vocês, e me sinto orgulhosa de poder olhar para o meu caminho e vê-los presentes em tudo o que eu faço. Com este trabalho não é diferente.

“A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto da igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus antepassados, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender.”

Hannah Arendt, “A Condição Humana”

RESUMO

IGLESIAS, Clara. **Liberdade de expressão e os mecanismos de promoção do pluralismo nos meios de comunicação social**. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que intervenção regulatória para promoção do pluralismo nos meios de comunicação social é condizente com a ordem democrática instituída pela Constituição Brasileira de 1988, e tem papel fundamental na garantia do pleno exercício do direito à liberdade de expressão. Demonstraremos que a proposta está em harmonia com as concepções contemporâneas sobre o regime democrático, que emergiram na segunda metade do século XX. Serão explorados os preceitos constitucionais que incidem sobre a discussão, quais sejam, o pluralismo político, a liberdade de expressão e o dever de proporcionalidade, que vincula a atividade dos poderes públicos. Delinaremos os contornos do conceito de regulação, expondo a discussão sobre sua aplicabilidade ao setor de comunicação social, e os tipos de políticas públicas comuns nesse sentido, o que inclui a promoção de pluralismo. Listaremos os mecanismos de promoção de pluralismo interno e externo verificados no direito comparado. À luz dos entendimentos consignados no texto e das discussões em voga sobre a regulação do mercado de comunicação, iremos propor parâmetros de interpretação para futuras políticas públicas de promoção do pluralismo no mercado de comunicação social brasileiro.

Palavras-chave: Democracia. Estado Democrático de Direito. Pluralismo Político. Liberdade de Expressão. Ponderação. Intervenção Estatal. Regulação. Direito Comparado. Pluralismo interno. Pluralismo externo. Meios de Comunicação Social. Mídia.

ABSTRACT

IGLESIAS, Clara. **Free speech and the mechanisms that aiming to promote pluralism in the media.** 151 s. Dissertation (Master of Law) – Law School of the State University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

The purpose of this paper is to demonstrate that regulatory intervention aiming to promote pluralism in the media is consistent with the democratic order established by the Brazilian Constitution of 1988, and has a fundamental role in ensuring full exercise of the right to freedom of expression. We shall reveal hereinafter that the above proposal is in harmony with contemporary conceptions regarding the democratic regime, all of which arisen in the second half of the twentieth century. Thus we shall explore constitutional principles that focus on such discussion; namely, political pluralism, freedom of expression, and the duty of proportionality which binds public authorities actions. We shall outline regulation concept boundaries, depicting the discussion upon their applicability to the media sector and the types of public policies that are common in this sense, including the promotion of pluralism. Consequently we shall list the mechanisms to promote internal and external pluralism as verified in comparative law. In light of the understandings comprised in the text and of the discussions in vogue on the media market regulation, we shall hereby propose construal parameters concerning future public policies aimed to promote pluralism in the Brazilian media market.

Key-words: Democracy. Political Pluralism. External pluralism. Internal pluralism. Free Speech. Duty of proportionality. State Intervention. Regulation. Comparative Law. Communications. Media.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional de Cinema
Art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
DTH	Direct to Home (Sistema de transmissão de sinal via satélite)
FCC	Federal Communications Commission (Comissão Federal de Comunicações)
Fin-Syn	Financial Interest and Syndication Rules (Regras de Distribuição e Interesse Financeiro)
KEK	Kommission zur Ermittlung der Konzentration in Medienbereich (Comissão de Concentração no Mercado da Mídia)
ONU	Organização das Nações Unidas
PLC	Projeto de Lei da Câmara
PTAR	Prime Time Access Rule (Regra de Acesso ao Horário Nobre)
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
STF	Supremo Tribunal Federal
TV	Televisão
VHF	Very High Frequency (frequência muito alta)
UE	União Européia
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UHF	Ultra High Frequency (frequência ultra-alta)

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
	Considerações iniciais	14
	Delimitando o estudo	
1	DEMOCRACIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	19
1.1	Democracia	19
1.2	Estado Democrático de Direito Brasileiro	26
1.2.1	<u>Contextualização - do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito</u>	26
1.2.2	<u>A gênese da Constituição Federal de 1988 – o regime democrático, os direitos fundamentais e o pluralismo político</u>	31
2	OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS QUE INFORMAM O DEBATE: O PLURALISMO POLÍTICO, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DEVER DE PROPORCIONALIDADE	35
2.1	O pluralismo político	35
2.1.1	<u>Conteúdo substantivo - pluralismo como valor individual e valor coletivo</u>	36
2.1.2	<u>Pluralismo político e Estado Democrático de Direito</u>	39
2.2	Liberdade de Expressão	43
2.2.1	<u>Direitos e garantias contidos no preceito - “liberdades” de expressão e comunicação</u>	43
2.2.2	<u>Dimensões subjetiva e objetiva da liberdade de expressão e as teorias libertária e democrática sobre sua proteção</u>	48
2.2.3	<u>Liberdade de expressão, democracia e a doutrina da posição preferencial</u>	56
2.2.4	<u>Liberdade de Expressão na ordem jurídica brasileira</u>	59
2.3	O dever de proporcionalidade	64
2.3.1	<u>As três dimensões da proporcionalidade</u>	66
3	A REGULAÇÃO DO PLURALISMO NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL	69
3.1	Sobre a “regulação”	70

3.1.1	<u>Perspectiva jurídica</u>	71
3.1.2	<u>Perspectiva econômica</u>	71
3.1.3	<u>Perspectiva política</u>	76
3.2	Regulação da comunicação social, suas peculiaridades e características	81
3.2.1	<u>Órgão regulador independente</u>	85
3.2.2	<u>Proteção de crianças e adolescentes</u>	87
3.2.3	<u>Restrições à publicidade televisiva</u>	88
3.2.4	<u>Regras de imparcialidade</u>	89
3.2.5	<u>Sistema de radiodifusão pública, privada e estatal</u>	90
3.3	A regulação de pluralismo – essência, formas e distinções	91
3.3.1	<u>Pluralismo externo e concorrência</u>	94
3.4	Experiências no direito comparado	100
3.4.1	<u>União Européia</u>	101
3.4.2	<u>Alemanha</u>	105
3.4.3	<u>Estados Unidos</u>	108
3.5	Mecanismos regulatórios de promoção do pluralismo no mercado de comunicação social	112
3.5.1	<u>Mecanismos de promoção de pluralismo externo</u>	113
3.5.1.1	Limites à propriedade e ao controle de veículos.....	113
3.5.1.2	Limites de licença.....	115
3.5.1.3	Limites de audiência.....	116
3.5.1.4	Obrigações de “must carry”.....	118
3.5.2	<u>Mecanismos de promoção do pluralismo interno</u>	120
3.5.2.1	Direito de Resposta.....	120
3.5.2.2	Direito de Antena.....	123
3.5.2.3	Direito de oposição a comunicação dos poderes públicos.....	127
3.5.2.4	Cotas de conteúdo independente e regional.....	129
4.6	Regulação de mídia e pluralismo no Brasil	131
4.6.1	<u>Contextualizando o debate</u>	131
4.6.2	<u>Proposta: parâmetros de constitucionalidade</u>	136
4.6.2.1	Proporcionalidade inversa entre pluralismo externo e pluralismo interno (ou parâmetro da “necessidade”).....	138

4.6.2.2	Liberdade editorial e liberdade de programação.....	140
4.6.2.3	Disponibilidade dos meios físicos necessários à prestação do serviço....	141
5	CONCLUSÃO	144
	REFERÊNCIAS	147

INTRODUÇÃO

1. Considerações iniciais

O principal objetivo deste estudo é demonstrar a harmonia entre os preceitos da Constituição Brasileira de 1988 e a intervenção regulatória no mercado de comunicação social com vistas à promoção de pluralismo.

Para apresentar este tema, é essencial consignar uma constatação comum: os meios de comunicação social são fundamentais para a democracia. De fato, a sua importância para viabilização do debate público é reconhecida desde o advento da imprensa, no século XV, passando pelas revoluções burguesas do século XVIII, e ganhando maior relevância nas últimas décadas - quando a tecnologia da informação conheceu um avanço sem precedentes e potencializou essa importância, dada a aceleração e a abrangência que ganhou a difusão da informação de toda natureza. Através desta difusão é que se permite desde o conhecimento de acontecimentos corriqueiros pela coletividade até a divulgação de assuntos da administração governamental e das matérias em discussão na esfera pública. De tal forma que é possível afirmar que estes veículos são os principais responsáveis pelo fomento do debate político, dando aos cidadãos acesso aos assuntos de interesse geral.

Ciente deste papel de suma importância, a Constituição Brasileira de 1988, além de tratar da matéria de liberdade de expressão dentre os direitos fundamentais, reservou o Capítulo V, do Título VIII, para abordar expressamente o regime jurídico da Comunicação Social, sendo certo que os preceitos aplicáveis não se resumem a estes dispositivos. Isto porque, em sendo as normas constitucionais dotadas de eficácia plena e direta, é possível identificar outros mandamentos que têm implicação no regime jurídico dos meios de comunicação social, sendo que, dentre eles, destaca-se o pluralismo político, previsto no art. 1º.

Trata-se do reconhecimento pelo poder constituinte de que a sociedade brasileira é composta por indivíduos partidários das mais variadas concepções políticas, culturais, religiosas e filosóficas. E mais do que isso, independentemente das suas convicções pessoais, o conteúdo pactuado na Carta de 1988 atende a todos eles, de forma que o regime de governo ali estabelecido deve permitir que todos se façam representados ao longo do processo político. Para tanto, identifica-se aqui que o pluralismo político tem ligação fundamental com o direito à liberdade de expressão, ao tempo que o mesmo garante aos cidadãos a possibilidade de não

apenas externalizar essas concepções, mas de fazê-las constituir o debate político na esfera pública.

Então, a promoção do pluralismo político depende de um regime jurídico aplicável à mídia que garanta à coletividade os meios necessários ao acesso à esfera de debate. Já não basta que os veículos de comunicação dêem aos cidadãos acesso à informação; eles devem permitir o acesso a uma pluralidade de pontos de vista, além de garantir espaço de representatividade.

Comparando os preceitos constitucionais com a realidade empírica, cabe a reflexão sobre o papel do Estado na disciplina da comunicação social; seriam os dispositivos supracitados suficientes para garantir que os veículos de comunicação cumpram com os fins que lhe foram reservadas pelo constituinte? Ou é necessária a atuação regulatória do Estado para garantir a promoção destas finalidades? Até que ponto nossa Constituição permite a intervenção regulatória a favor da promoção do pluralismo?

Não obstante o reconhecimento, pela cultura jurídica brasileira do papel dos veículos de comunicação social dentro do debate político, e ainda, a proteção indiscutível e desejável do pluralismo político que caracteriza a nossa ordem constitucional, a tensão da discussão que ora se apresenta reside na interpretação destes mecanismos como uma suposta restrição à liberdade de expressão da mídia.

Trata-se, na verdade, de uma discussão mais abrangente, sobre a possibilidade de regulação da comunicação social numa ordem constitucional que consagra a liberdade de expressão e manifestação do pensamento. Esta discussão se dá numa cultura de fundo que, traumatizada pela censura promovida pelo regime ditatorial durante vinte anos, repudia as iniciativas nesse sentido. Em geral, elas são interpretadas como mais uma forma do poder público tolher a liberdade de imprensa e intervir na pauta do debate a seu favor. Nesse sentido, um dos objetivos deste trabalho é consignar o entendimento de que a intervenção regulatória no mercado de comunicação social que tem por objetivo a promoção de pluralismo não deve ser entendida como uma restrição à liberdade de expressão, mas sim, como uma condição da sua plena realização.

A preocupação é pertinente. Conforme será aprofundado ao longo do estudo, o direito fundamental à liberdade de expressão é de tamanha instrumentalidade para o funcionamento de um regime democrático, que hoje parte da doutrina, bem como a jurisprudência de alguns países, consagram a teoria de acordo com a qual ele teria uma *posição preferencial* frente aos demais direitos consagrados pelas constituições. Ainda, em alguns momentos da história mundial, a censura dos indivíduos e dos meios de comunicação social foi instrumento

recorrentemente usado por regimes totalitários para calar as vozes dissonantes e promover o massacre de direitos e garantias fundamentais.

Mesmo que a experiência conheça essas atuações extremas, não é o caso de resumir a elas as preocupações com a proteção da liberdade de expressão. Posturas estatais mais brandas podem, através da intervenção regulatória, limitar a liberdade e a pluralidade do discurso. Esta possibilidade sempre deve ser observada, principalmente no tocante às limitações impostas ao conteúdo (seja ele noticioso e de entretenimento) difundido pelos veículos de comunicação.

No entanto, a preservação da essência democrática da liberdade de expressão não é um sinônimo de absoluta ausência de intervenção regulatória; pelo contrário. A própria manutenção da proteção deste direito do indivíduo, tanto em sua dimensão objetiva quanto na subjetiva, pode depender da implementação de políticas públicas que permitam a concretização plena do potencial democrático da liberdade de expressão, principalmente no que toca à promoção do pluralismo nos meios de comunicação de massa.

Na verdade, a conciliação de bens constitucionais distintos, e até dos diferentes aspectos que compõem um mesmo direito, é uma tarefa árdua. É difícil afastar as decisões técnicas e jurídicas de determinados juízos de subjetividade, como por exemplo, em que grau, quantidade e circunstâncias pode-se falar em intervenção. Apesar das finalidades da intervenção regulatória no mercado de comunicação serem legítimas, a sua concretização em termos desproporcionais pode, sim, se traduzir em abusos do poder público, maculando as políticas implementadas. Por este motivo, o postulado da proporcionalidade assume papel importante dentro do estudo, que embasa a defesa de promoção do pluralismo e inspira a apresentação de alguns parâmetros para consecução destes fins.

Pelo exposto, a verdadeira questão, que é o desafio proposto neste trabalho, não é sobre a possibilidade da regulação da mídia para promover pluralismo. É, na verdade, em que grau estes mecanismos devem ser implementados de forma que cumpram as exigências da Constituição Federal de liberdade de expressão, diversidade e inclusão no debate público, sem ferir os aspectos contidos na própria liberdade de expressão e na liberdade de iniciativa.

A observação deste tipo de experiência no direito comparado é uma rica fonte de informação e inspiração, haja vista que em países caracterizados por regimes democráticos, como Estados Unidos, Espanha, Inglaterra, Alemanha e França, o arcabouço regulatório da comunicação social já se encontra extremamente evoluído nesse mesmo sentido. É possível abstrair importantes ensinamentos destas experiências, que conforme ficará demonstrado, estão em perfeita harmonia com a defesa da intervenção sob a luz da proporcionalidade.

A defesa do pluralismo que ora se apresenta é orientada por uma visão ponderada sobre a intervenção regulatória do Estado no mercado de comunicação social, e também tem o papel de trazer mais insumos ao debate tão atual quanto controverso que hoje caracteriza o tratamento da matéria no direito brasileiro.

2. Delimitando o estudo

Para cumprir com esse objetivo, o trabalho foi dividido em cinco partes principais. Seguindo esta introdutória, a Parte 1 contextualiza o debate em relação: a uma concepção mais ampla de regime democrático, desenvolvida pela doutrina na segunda metade do século XX, que tem por base o entendimento de que a legitimação do regime não se encerra no momento do sufrágio, mas sim mediante a participação constante dos cidadãos no processo político; e em relação ao Estado Democrático de Direito Brasileiro, onde será recapitulado, em linhas gerais, o processo político e social que levou à promulgação da Constituição de 1988 – que nada mais é do que um espelho do processo evolutivo que levou à consagração do modelo de governo do Estado Democrático de Direito, não apenas no Brasil, mas em nível global. O objetivo deste resgate histórico é consolidar a constatação que embasará o desenvolvimento da argumentação apresentada; qual seja, a de que o nosso texto constitucional consagra um regime democrático; se caracteriza pela diversidade de interesses resguardados; e é guiado pela centralidade dos direitos fundamentais.

A Parte 2 irá analisar os preceitos constitucionais que informam esse debate: o pluralismo político, o direito fundamental à liberdade de expressão e o dever de proporcionalidade que têm os poderes públicos. Em relação ao pluralismo, será demonstrado o seu valor substantivo autônomo e a sua relação com o Estado Democrático de Direito. A fim de demonstrar que a promoção de pluralismo não configura restrição, mas sim garante a plena efetividade do direito à liberdade de expressão, serão exploradas: as garantias que compõem o seu conteúdo; as dimensões subjetiva e objetiva que o caracterizam (bem como as teorias sobre a proteção da liberdade de expressão que delas decorrem); a sua relação de instrumentalidade com a democracia; e o tratamento dado à matéria pela Constituição Brasileira de 1988. Encerra esta Parte 3 a seção que trata do dever de proporcionalidade dos poderes públicos, que tem papel metodológico de conciliação, não só dos dois preceitos anteriores, mas também das divergentes posturas que podem ser exigidas do Estado na

proteção à liberdade de expressão. Este postulado também inspira a contribuição acerca dos parâmetros de implementação de políticas públicas de pluralismo, conforme será abordado na última Parte.

Consignados os pressupostos constitucionais aplicáveis, a Parte 3 irá tratar do debate no âmbito do direito regulatório, o que demanda, primeiramente, uma circunscrição sobre o que deve ser entendido por “regulação”, através das perspectivas jurídica, econômica e política. Em seguida, esses entendimentos são trazidos para o campo da comunicação social, através da exposição das principais peculiaridades do setor e das características que, geralmente, caracterizam as políticas públicas nele implementadas. Passando para abordagem das políticas públicas promotoras de pluralismo, serão expostos: a sua essência e as duas formas de implementação (pluralismo interno e pluralismo externo); as experiências verificadas na União Européia, na Alemanha e nos Estados Unidos; e os mecanismos de promoção do pluralismo utilizados no direito comparado. Por fim, será apresentado um esboço do atual tratamento que se dá à regulação da comunicação social no Brasil; na tentativa de trazer contribuição ao debate, serão propostos três parâmetros que podem ser utilizados como guias para futuras políticas públicas que tenham por objetivo a promoção de pluralismo nesses meios.

Encerra o trabalho a última parte, onde ficarão consignadas as principais conclusões.

1 DEMOCRACIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Para fundamentar a proposta principal, é necessário demonstrar que a implementação de uma política de promoção do pluralismo nos meios de comunicação é condizente com a concepção de democracia que caracteriza não apenas o Estado Brasileiro, mas a maior parte dos regimes ocidentais democráticos que se consolidaram a partir segunda metade do século XX, na forma de Estados Democráticos de Direito.

A plena compreensão desta adequação exige dois esclarecimentos: o primeiro, sobre a idéia de democracia e de esfera pública em que embasam este trabalho, para o que serão ressaltados os aspectos que diferenciam a concepção de democracia ora adotada das que a precederam. Note-se que a determinação das concepções de democracia não constitui o foco desta análise, pelo que, infelizmente, a abordagem minuciosa deste debate foge ao corte epistemológico proposto. Assim, serão traçadas as principais características que se coadunam com a presente proposta, principalmente no tocante à participação.

O segundo esclarecimento, que embasará especialmente o estudo dos bens constitucionais na Parte 3 deste trabalho, é sobre o processo político que levou a formação do Estado Democrático de Direito Brasileiro, refletido nas principais características de nosso texto constitucional – principalmente, o regime democrático, a centralidade dos direitos fundamentais e o pluralismo político.

1.1 Democracia

É sabido que a idéia de democracia tem sua origem mais remota na Grécia antiga¹, onde a nomenclatura foi adotada para designar o regime de governo em que as decisões sobre a condução do Estado ficam a cargo do povo, seja direta ou indiretamente. Em relação à modernidade, é possível dizer que o processo de democratização do Estado Liberal ocorreu a partir das transformações sociais e econômicas ligadas ao processo de industrialização. Note-se que não se trata de afirmar que, anteriormente a este marco, o Estado Liberal fosse incompatível com o ideal democrático; pelo contrário, a própria essência protetora das liberdades individuais dos cidadãos que o distingue contém em si este viés, mas o fato é que

¹ Não obstante, Amartya Sen aponta que também é possível verificar a tradição de deliberação coletiva em antigas civilizações asiáticas. SEN, Amartya. **The Idea of Justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009. 331 p.

ele só se desenvolveu mais amplamente, provocando o que José Carlos Vieira de Andrade chamou de “alargamento do público político”, a partir do momento em que as classes proletárias reivindicaram para si a participação no processo de tomada de decisões de cunho político². Adicionalmente, a democracia encontrou uma forte expansão a partir da segunda metade do século XX, tornando-se o modelo de regime de governo adotado na maior parte do mundo ocidental³. Mas o que, exatamente, caracteriza um regime democrático? Quais são as implicações jurídicas e políticas deste regime de governo.

Definir o conteúdo substantivo do regime democrático é, atualmente, um dos debates mais ricos que ocupa a doutrina de direito público, pelo que não cabe nesta proposta a exploração de todas as concepções que o caracterizam.

Fato é que, partindo da premissa de que a idéia de autodeterminação dos cidadãos seria um denominador comum, é possível identificar uma diversidade de entendimentos sobre a forma e as circunstâncias em que se daria este processo de constituição do direito por todos. Neste momento, interessa demonstrar que a aplicação de meios de promoção do pluralismo nos meios de comunicação se alinha com a maior parte das concepções de democracia desenvolvidas a partir da segunda metade do século XX, quando os esforços teóricos foram direcionados para a justificação de um modelo de estado legitimado pela participação popular em todos os momentos do processo político, desde o momento do voto até a fiscalização dos governantes, passando pelo debate dentro da esfera pública. Por conseguinte, será necessário que afastar as concepções mais restritivas sobre o regime, como as agregativas e elitistas.

² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 53. Norberto Bobbio também se manifestou sobre essa relação de interdependência entre Estado Liberal e Estado Democrático: “[...] o Estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado democrático. Estado Liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um Estado não-liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte, é pouco provável que um Estado não-democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que o Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos.” BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 32-33.

³ Nesse sentido, cf. DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 10. “Durante esta última metade do século XX, o mundo testemunhou uma extraordinária alteração política, sem precedentes. Todas as principais alternativas para a democracia desapareceram, transformaram-se em sobreviventes excêntricos, ou recuaram, para se abrigarem em seus últimos bastiões. No início do século, os inimigos pré-modernos da democracia – a monarquia centralizada, a aristocracia hereditária, a oligarquia baseada no sufrágio limitado e exclusivo – haviam perdido a sua legitimidade aos olhos de boa parte da humanidade. Os mais importantes regimes antidemocráticos do século XX – comunista, o fascista, o nazista – desapareceram nas ruínas de uma guerra calamitosa ou, como aconteceu na União Soviética, desmoronaram internamente. As ditaduras militares foram totalmente desacreditadas por suas falhas, especialmente na América Latina; onde conseguiram sobreviver, em geral adotaram uma fachada pseudodemocrática.”

Ainda na primeira metade do século passado, foram desenvolvidas algumas teorias que reduziam o regime democrático à forma de eleição dos governantes, limitando a participação da população no espaço público ao ato de votar periodicamente em seus representantes. Nesse sentido, a concepção de democracia assume um caráter meramente procedimental, estando a sua essência tão reduzida à existência de concorrência para acesso a cargos públicos, que até o requisito de que todos tenham oportunidades equivalentes de concorrer a esses postos passa a ser descartável à legitimidade do processo.

Uma delas é a concepção agregativa de democracia. Um de seus expoentes foi Anthony Downs⁴, para quem o processo de escolha de cada indivíduo dentro do processo democrático seria equiparável ao que define suas escolhas pessoais, principalmente àquelas que se dão no âmbito das relações econômicas. Transfere-se para o âmbito do político a constatação de que o comportamento do homem racional no mercado é uma constante avaliação de custos e benefícios, de onde derivam as escolhas pessoais de cada um. Daí, o viés agregativo da abordagem deste autor: o processo democrático refletiria a soma de uma série de vontades e preferências pessoais, que uma vez eleitas dentro do universo e da perspectiva particular de cada indivíduo, não estariam sujeitas à flexibilização e coordenação com as preferências dos demais no âmbito de uma debate deliberativo.

Outro entendimento restritivo sobre a democracia é a concepção elitista, desenvolvida por autores como Joseph Schumpeter⁵, segundo a qual o objetivo do processo de eleição dos representantes seria realizar a escolha das elites governantes – que, uma vez instituídas de poder político, passariam a agir de acordo com seus próprios interesses (principalmente aquele de manter-se no poder), e não em função da busca do que poderia ser entendido como o bem comum a toda sociedade. Conforme esclarece Claudio Pereira de Souza Neto, esta abordagem elitista da democracia se basearia em duas constatações básicas: a primeira no sentido de que, dada a complexidade dos problemas que caracterizam a ordem social e econômica nas sociedades modernas, apenas os governantes estariam aptos a implementar as políticas públicas necessárias à resolução dos mesmos; e a segunda, seria a de que a manutenção de um sistema de poder concentrado nas mãos das elites socioeconômicas se justificaria diante do desinteresse da população geral pela política.⁶

⁴ Cf. DOWNS, Anthony. An economic theory of political action in a democracy. **Journal of Political Economy**, v. 65, n. 2, p. 135-150, 1957

⁵ Em SCHUMPETER, Joseph., **Capitalism, Socialism and Democracy**, 4. ed. New York: Harper & Brother, 1975..

⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa** – Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 66. Em defesa da teoria da democracia deliberativa, o autor oferece críticas a ambas as

As teorias desenvolvidas a partir da segunda metade do século XX representam um contraponto a essas concepções, abordando o ideal democrático dentro de uma dimensão mais ampla; ele já não se restringe apenas à forma de eleição do governo, mas representa um meio de legitimação do próprio poder político e uma forma de exercício constante da cidadania. Diversos autores trataram a democracia nesta perspectiva, buscando ampliar a legitimidade do regime de governo através de diferentes mecanismos e interpretações do processo político; comum a todas elas é a noção de que a participação do cidadão no processo político não se encerra no ato de votar⁷. Para Norberto Bobbio, essa é a principal característica da ampliação do processo de democratização⁸, que

[...] consiste na extensão do poder ascendente, que até agora havia ocupado quase exclusivamente o campo da grande sociedade política (e das pequenas, minúsculas, em geral politicamente irrelevantes associações voluntárias), para o campo da sociedade civil nas suas várias articulações [...]⁹

É possível dizer que a participação efetiva no debate passa a compor o epicentro do regime político, sendo necessária não apenas no momento de escolha dos representantes, mas também nos momentos de deliberação sobre as instituições e políticas públicas a serem adotadas pelo governo, de tal forma que seja possível que as decisões consignadas pelas esferas de poder reflitam um resultado do debate travado pela coletividade.

O modo de eleição dos representantes continua sendo parte essencial do regime; entretanto, a sua verdadeira legitimação exige que a confiança popular depositada nos representantes naquele momento perdue através da participação popular em todas as fases do

concepções agregativa e elitista de democracia. Em relação à primeira, acusa que: (i) não se poderia transpor a lógica do mercado para as relações políticas, que se baseiam, principalmente, no fato de que, na política, o cidadão é chamado a fazer escolhas no que diz respeito não somente a eles mesmos, mas sobre questões que afetam toda a coletividade; e (ii) seria irrealista pressupor que a ação política dos indivíduos se baseia em um conjunto ordenado de preferências pré-constituído, uma vez que, no processo político, a formação e enumeração dessas preferências só poderia acontecer ao longo de um processo de debate e reflexão. Quanto à concepção elitista, o autor: (i) nega que haja uma conexão necessária entre elitismo e capacidade de racionalização de soluções através de políticas públicas – na verdade, a ausência de deliberação diminuiria a eficiência dessas políticas, pois não as colocaria à prova do debate público, e (ii) alega que não seria possível classificar um governo de elites como democrático, tendo em vista ser fundamento moral da democracia o princípio da autonomia pública. (p.79-84).

⁷ “Cumprir anotar que a discussão acerca da ampliação do acesso à discussão pública nas sociedades atuais também perpassa a necessidade de superação do paradigma filosófico subjetivo que caracterizou o pensamento moderno, em que, conquanto necessários, são insuficientes para a completa realização do ideal democrático os direitos individuais de voto universal e acesso a cargos parlamentares, tornando-se imprescindível, por evidente, a materialização plena e efetiva dos demais direitos de natureza relacional, voltados para o asseguramento da prática discursiva e da ocupação plena e irrestrita dos espaços públicos por cidadãos, não somente iguais, mas livres CALAZANS, Paulo Murillo. A liberdade de Expressão como Expressão da Liberdade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.) **Temas de Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 69.

⁸ “[...] não há dúvida de que estamos assistindo à ampliação do processo de democratização. Se tivéssemos de apontar uma das características mais evidentes e interessantes de uma sociedade politicamente em expansão, como é por exemplo a italiana, não poderíamos deixar de indicar a exigência e o exercício efetivo de uma sempre nova participação.” BOBBIO, 2006, p. 66.

⁹ Ibid., p. 67.

processo político, conforme também expôs Eduardo García de Enterría:

O momento das eleições, que é, sem dúvida, fundamental para a democracia, como um processo instrumental de expressão da confiança popular, não é suficiente para absorver a sua plenitude, sendo essencial que esta se mantenha viva durante todo o período gestão, como o nervo que dá vida e estimula o desempenho dos gestores e, com isso, todo o sistema democrático.¹⁰

É certo que as teorias desenvolvidas a partir desse entendimento possuem suas peculiaridades e nuances, principalmente no tocante ao conteúdo necessário à garantia dessa participação. No entanto, ainda que guardadas algumas variações, é possível observar a ocorrência comum das idéias de participação política, diálogo e interação no espaço público, conforme identificou Amartya Sen.¹¹

Esses aspectos ficam bem evidentes no caso da teoria da democracia deliberativa, em que a legitimação do regime é absolutamente centrada no debate público entre os cidadãos, e que tem como expoente o filósofo alemão Jürgen Habermas¹². O autor desenvolveu seu estudo de legitimação do poder político pelo próprio processo de deliberação democrática, através de uma tese que transcendeu a análise da filosofia política, compondo, com ajuda de um estudo da linguagem, o que pode ser entendido como uma “ética do discurso”¹³. Uma das idéias fundamentais desenvolvidas por ele, e que encontra relação especial com os fins buscados neste trabalho, é a figura do *espaço público* como instituição fundamental da esfera deliberativa, onde os cidadãos exercem sua “razão comunicativa”¹⁴ - esta, voltada para a

¹⁰ No original: “Las elecciones, que son, sin duda, capitales para la democracia, como procedimiento instrumental de la expresión de la confianza popular, no alcanzan, sin embargo, a absorber la plenitud de ésta, la cual es imprescindible que se mantenga viva durante todo el período de gestión, como el nervio que vivifica y anima la actuación de los gestores y, con ella, a todo el sistema democrático.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, Jueces y Control de La Administración**, 4. ed. Madrid: Civitas, 1998. p. 103.

¹¹ SEN, 2009, p. 326.

¹² HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003 e HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. v. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003.

¹³ O princípio da ética do discurso (“D”) elaborado por Habermas tem como objetivo principal garantir a imparcialidade nos juízos proferidos pelos participantes do processo de deliberação, implicando por ex., em premissas como a impossibilidade de coação ou violência. Trata-se de um princípio que se refere ao procedimento, sem pretensão de definir critérios de admissão dos argumentos apresentados. A idéia do princípio da ética do discurso também foi trabalhada por Robert Alexy, que o sintetizou na forma das seguintes regras de discurso: (i) Todo falante pode participar do discurso; (ii.a) todos podem questionar qualquer asserção; (ii.b) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; (ii.c) todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades; (iii) nenhum falante pode se impedido através da coação dentro ou fora do discurso de exercer os direitos estabelecidos em (i) e (ii). SOUZA NETO, 2006, p. 141.

¹⁴ Entende-se a idéia de razão comunicativa como uma alternativa à razão monolítica, centrada no sujeito, substituindo-se a idéia de auto consciência e de auto referência pelo paradigma do entendimento entre indivíduos comunicativamente socializados e que se reconhecem reciprocamente. Através da razão comunicativa, os sujeitos deixam de conduzir ações instrumentais ou estratégicas voltadas para a concretização de finalidades individuais, e passam a perseguir uma ação comunicativa, dirigida ao entendimento comum. No âmbito desta razão comunicativa, haveria a necessidade dos sujeitos se reconhecerem como iguais e interagirem sem foco no interesse imediato no próprio sucesso. Daí, a

produção de um entendimento comum, e que engloba tanto as instâncias oficiais de debate político quanto as redes informais de comunicação. A fim de permitir a efetiva participação no debate, a esfera pública idealizada por Habermas deve ser livre, aberta a todos os cidadãos, e composta por uma pluralidade de pontos de vista que correspondam à diversidade de interesses políticos em jogo.

Note-se que a valorização de uma esfera pública adequada à deliberação livre e plural não é uma peculiaridade da teoria de Habermas. Ainda que sua concepção de democracia também tenha sido construída com base na deliberação entre iguais¹⁵, John Rawls tem uma idéia distinta sobre o espaço público de deliberação. A inserção das redes não oficiais dentro do fórum público não faz parte da sua idéia de esfera pública de deliberação, de forma que espaços como a cultura de fundo, ou os meios de comunicação de qualquer tipo, não poderiam ser incluídos dentro de um debate estritamente político. Rawls entende que, nesses âmbitos, os cidadãos exerceriam deliberadamente suas doutrinas abrangentes, na forma de preferências ideológicas e interesses individuais (apesar de reconhecer sua necessidade a outros fins, como a facilitação de uma discussão ampla e a abertura cultural).¹⁶

Em concepção diversa sobre o regime democrático, Robert A. Dahl não direciona tantos esforços em caracterizar a deliberação, mas enumera os seguintes critérios, que entende necessários à garantia de que todos estejam igualmente capacitados a participar das decisões políticas: (i) participação efetiva, de acordo com o qual todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de fazerem os outros membros conhecerem suas opiniões; (ii) igualdade de voto; (iii) entendimento esclarecido de todos os cidadãos, que devem ter a oportunidade de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis conseqüências; (iv) controle da agenda pública, no sentido de que os membros devem ter ingerência sobre as questões colocadas em pauta no debate, e (v) a inclusão de todos os

necessidade do modelo Habermasiano estabelecer uma ética partilhada por todos os participantes do processo, de forma que selecionem em suas colocações as ações dirigidas ao entendimento comum, suspendendo as ações que representem interesses subjetivos.

¹⁵ Tal como Habermas, Rawls também se baseia na deliberação entre os cidadãos como forma de se atingir uma configuração política que reflita os interesses de todos os envolvidos no processo político. No entanto, dadas as divergências entre os autores, não há uniformidade na doutrina quanto à classificação de John Rawls como adepto da democracia deliberativa, pelo que seu entendimento separadamente será tratado. Sobre as divergências entre os autores, recomenda-se HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el Liberalismo Político**. Barcelona: Paidós, 1998, bem como a leitura do capítulo II da obra de SOUZA NETO, 2006.

¹⁶ “Distinta e separada desse fórum político público tripartite está o que chamo de cultura de fundo. É a cultura da sociedade civil. Em uma democracia, essa cultura não é, naturalmente, guiada por nenhuma idéia ou princípio central, político ou religioso. Os seus muitos e diversos agentes e associações, com a sua vida interna, residem em uma estrutura de Direito que assegura as conhecidas liberdades de pensamento e discurso e o direito de livre associação. A idéia de razão pública não se aplica à cultura de fundo, com as suas muitas formas de razão não-pública, nem aos meios de comunicação de qualquer tipo.” RAWLS, John. **O direito dos povos e A idéia de razão pública revista**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 175-176.

adultos residentes permanentes¹⁷. Não obstante a ausência de referência expressa à esfera pública de debate ou às suas características, o autor esclarece que a democracia também exige a livre expressão e a existência de fontes alternativas de informação (principalmente no tocante ao atendimento dos critérios i, iii e iv).¹⁸

Ronald Dworkin é mais um dos autores que se afasta da restrição ao princípio majoritário, entendendo que a democracia é composta por três dimensões¹⁹: (i) a soberania popular, sendo garantida a realização do ideal de auto-governo pelo povo; (ii) a igualdade entre os cidadãos, de forma que todos os participantes tenham direito a voto resguardado, e (iii) o discurso democrático, que se revela necessário uma vez que a ação coletiva demanda um grau mínimo de interação entre os indivíduos. Segundo o autor, “se o povo pretende se governar coletivamente, de maneira que cada cidadão se torne um parceiro na empreitada política, todos devem deliberar como indivíduos antes de agir coletivamente, e a deliberação ser centrada nos motivos a favor e contra a ação.”²⁰

A importância da participação política na esfera pública de debate para essas concepções de democracia embasa o entendimento desenvolvido ao longo deste trabalho, sobre a necessidade de se resguardar pluralismo dentro dessas instâncias, sejam elas voltadas para a deliberação, ou para a autorepresentação.

Como a proposta engloba a possibilidade de regulação da comunicação social como forma de garantir os preceitos democráticos, é necessário, desde já, consignar o entendimento de esfera pública adotado – que, naturalmente, irá se afastar do de John Rawls²¹, que exclui os meios de comunicação da esfera de debate político. A opção pela exclusão das redes de comunicação não oficiais do debate político não se justifica pelo fato de, nesses espaços, haver a manifestação de convicções não políticas. Isso não quer dizer que a matéria, de fato política, não esteja lá. Não há que se falar em delimitação do discurso político nesses espaços, primeiro porque a sua razão de ser tem como premissa a abertura a todas as vozes, inclusive aquelas que representam doutrinas abrangentes. Em segundo lugar, porque neles são discutidas as diversas questões a respeito da organização social, e não aquelas unicamente

¹⁷ DAHL, 2001, p. 49.

¹⁸ Ibid., p. 110-111.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue** – the Theory and Practice of Equality. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 362-365

²⁰ No original: “If people are to govern collectively, in a fashion that makes each citizen a partner in a political enterprise, then they must deliberate together as individuals before they act collectively, and the deliberation must center on reasons for and against that collective action.” Ibid., p. 364.

²¹ Destaque-se que a teoria do autor sobre a democracia e o papel da deliberação é condizente a noção de regime democrático adotada; no tocante ao tratamento que o autor dá aos meios de comunicação é que, *data vênia*, o posicionamento oferecido neste estudo diverge.

referentes aos elementos constitucionais e às questões básicas de justiça.

Além do que, o próprio ato de pautar o que deve ou não estar em cada esfera de debate – seja ela política, filosófica, oficial ou não oficial – não é coerente com a idéia de um debate democrático livre. Para fazê-lo, é adequado que a agenda seja construída através da própria discussão.

Sem embargo, é inquestionável o papel fundamental das esferas não oficiais de debate, e mais especificamente, o dos meios de comunicação de massa, na formação do discurso político contemporâneo. Principalmente, se considerada a realidade social brasileira, onde a opinião pública reflete, cada vez mais, as ideologias propagadas por estes meios, em detrimento de representar o resultado de um verdadeiro debate de idéias travado em esferas oficiais.

1.2 Estado Democrático de Direito Brasileiro.

1.2.1 Contextualização - do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito

O regime de governo instituído pela Constituição Federal de 1988, nada mais é do que um reflexo, dentro da experiência brasileira, do processo evolutivo que levou à consagração do modelo de governo do Estado Democrático de Direito, não apenas no Brasil, mas em nível global (guardadas as proporções temporais e as peculiaridades históricas de cada nação e região). A fim de esclarecer a evolução do contexto político ocidental, será feito um breve esboço do processo histórico de transformação institucional que resultou na formação desse modelo, que foi precedido pelo Estado Liberal e pelo Estado Social.

O Estado Liberal (também chamado de “Estado Legal de Direito”²²) se formou ao

²² A fim de esclarecer e justificar as terminologias ora adotadas, destaque-se que a expressão “Estado de Direito”, se refere aos ordenamentos jurídicos caracterizados pelo princípio da separação dos poderes, onde cada um deles exerce as funções que lhe tenham sido conferidas em forma de lei (lato sensu). Conforme ensina Luís Roberto Barroso, “Estado de direito expressa a idéia de supremacia da lei – “governo de leis e não de homens”, na formulação clássica - , estando, subentendido: a) a lei como ato do parlamento; b) a submissão da Administração (e dos particulares, naturalmente) à lei; e c) interpretação e aplicação da lei por juízes independentes. Como assinala Zagrebelsky, a expressão Estado de direito traz em si um valor e uma direção. O valor é a eliminação da arbitrariedade na relação da Administração com os indivíduos; a direção é a inversão da relação entre poder e direito que deixa de ser, como no Estado absolutista e no Estado de polícia, o rei faz a lei – rex facit legem – e passa a ser Lex facit regem. Na visualização histórica do autor italiano, até chegar ao Estado constitucional da atualidade, caracterizado pela subordinação da lei à Constituição, o Estado foi absolutista no século XVII, foi de polícia ou despotismo esclarecido no século XVIII e de direito no século XIX.” BARROSO, Luís Roberto. **A Redemocratização do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 02. Sobre esta terminologia, também é valiosa a lição do jurista

longo do século XIX como uma reação aos regimes monárquicos absolutistas. O marco histórico de seu surgimento se dá nas revoluções burguesas européias, em especial na Revolução Francesa, quando a ascensão da burguesia ao poder permitiu uma revisão das instituições políticas até então vigentes. Deu-se lugar a um novo modelo que se caracterizava, principalmente, pela separação de poderes e pela proteção dos direitos individuais dos cidadãos. Neste contexto, a atuação do poder legislativo determinava as diretrizes governamentais, ao passo que à administração pública restava a exaltação do princípio da legalidade através de um exercício positivamente vinculado à lei, de forma que ao administrador só era permitido realizar o que nela estivesse expressamente previsto.

A manutenção deste modelo liberal, onde as relações sociais e econômicas se davam de acordo com a lógica do *laissez faire, laissez passer*, e em que a atividade da administração pública ficava restrita à proteção da propriedade e da segurança interna e externa do cidadão. O resultado desta política foi um grave quadro de desigualdade e injustiça social, diante do qual não se viu outra alternativa, que não o aumento da interferência estatal na relação entre

italiano Luigi Ferrajoli: “Con la expresión ‘Estado de Derecho’ se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En el sentido débil o formal, ‘Estado de Derecho’ designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. [...] En un segundo sentido, fuerte o sustancial, ‘Estado de Derecho’ designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, portanto limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos. En este significado más restringido, que es el predominantes en el uso italiano, son Estado de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales. La tesis que pretendo sostener es que estos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado Legal), que surge con el nacimiento del Estado Moderno como monopolio de la producción jurídica y el modelo neo-iuspositivista del Estado Constitucional de Derecho (o Estado Constitucional), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.” Em tradução livre: “Com a expressão ‘Estado de Direito’ se entendem, habitualmente, duas coisas diferentes, que é oportuno distinguir com rigor. Em sentido débil ou formal, o ‘Estado de Direito’ designa qualquer ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos dentro das formas e procedimentos legalmente estabelecidos. [...] Em um segundo sentido, forte ou substancial, o ‘Estado de Direito’ designa apenas aqueles ordenamentos em que os poderes públicos estão, ademais, sujeitos à lei (e, portanto, limitados ou vinculados por ela), não apenas no que se refere à forma, mas também em relação aos seus conteúdos. Neste significado mais restrito, que é predominante na doutrina italiana, são Estados de Direito aqueles ordenamento em que todos os poderes, inclusive o legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substantivos, estabelecidos por normas constitucionais, como a divisão de poderes e los direitos fundamentais. A tese que pretendo sustentar é que esses significados correspondem a dois modelos normativos diferentes: o paleojuspositivista do Estado Legislativo de Direito (o Estado Legal), que surge com o nascimento do Estado Moderno como monopólio da produção jurídica e o modelo neojuspositivista de Estado Constitucional de Direito (o Estado Constitucional), produto, por sua vez, da difusão na Europa, pós segunda guerra, das Constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis ordinárias.” FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado del Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-14.

os particulares²³. Sobre a derrocada do modelo de Estado Liberal, José Affonso da Silva explica que:

O individualismo e o absentismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade de justiça social [...] O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social. Transforma-se em Estado Social de Direito, onde o qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização dos objetivos da justiça social.²⁴

Por sua vez, o Estado Social tinha como principais características a supremacia dos interesses da administração nas relações com os particulares e o alto grau de intervencionismo nas relações entre eles. Somadas à universalização do direito voto, estas características resultaram no fenômeno da *inflação legislativa* – um aumento da quantidade de normas jurídicas produzidas pelo parlamento, caracterizadas pela sua concretude e baixo grau de generalidade e abstração²⁵. Desta forma, firmou-se a doutrina filosófica do positivismo jurídico, instalando-se a supremacia da lei produzida pelo parlamento.²⁶

É a partir da metade do século XX, após as instituições legais e democráticas serem

²³ O Professor Alexandre dos Santos Aragão, em seu livro **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**, expõe como fator crucial para o fim do Estado Liberal burguês a implantação do sufrágio universal, imposto à burguesia em função de uma série de transformações sócio-econômicas em curso, destacadas principalmente: (a) as graves conseqüências acarretadas pela ampla autonomia privada individualista, própria do constitucionalismo liberal; (b) a crescente concentração do poder econômico, que minava as bases da própria economia de mercado; (c) o surgimento, com a Revolução Russa de 1917, de um modelo antitético e ameaçador, e (d) a escassez e a necessidade de planejamento geradas pela 1ª Guerra Mundial. Segundo o Professor, “Isto fez com que o Estado Intervencionista – em contraposição ao Estado Liberal – entrasse em colapso, gerado por algumas razões, as quais são apontadas por Eurico de Andrade Azevedo: a) o crescimento desmesurado do aparelho administrativo estatal, sobretudo de empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, b) esgotamento da capacidade de investimentos do setor público, ocasionando a deterioração dos serviços públicos em geral.” ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 49.

²⁴ SILVA, José Affonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 115.

²⁵ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional. **Revista de Direito do Estado** 2:83, 2006 p. 87.

²⁶ Do ponto de vista econômico, este modelo intervencionista implantado resultou um Estado monopolizador das funções de modelação da vida social, ou seja, a Administração Pública era prestadora dos serviços públicos e até empresária, a partir do momento em que passou a atuar em áreas antes reservadas à iniciativa privada, de cunho comercial e industrial, remodelando o mercado e comandando a renovação das estruturas sociais e econômicas. O Poder Público assumiu para si largos setores da economia, como transporte, comunicação, fornecimento de água, eletricidade e gás, dentre outros, o que democratizou os recursos como um todo. De fato, em se tratando de bens de consumo elementares e essenciais à subsistência dos indivíduos, acreditava-se ser mais adequado que sua administração saísse das mãos de empresas privadas, tendencialmente monopolistas e focadas no objetivo final do lucro. Os resultados práticos desse novo modelo de Administração Pública foram imediatamente positivos, em decorrência, principalmente, desta democratização dos serviços essenciais. A qualidade de vida da população aumentou, acontecendo o atingimento de estágio mais evoluído no processo de aperfeiçoamento da vida comunitária. Foi justamente nesse aspecto em que obteve maior sucesso, que figurava o gérmen de sua crise financeira. Nesse sentido, confira-se JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 17.

postas em cheque pelos regimes totalitários que se instalaram nos Estados-nação europeus (e mais tarde, nos latino-americanos), que esta supremacia da lei é questionada, já que foi dentro de seus desígnios positivados que se realizaram atrocidades como as promovidas pelo Estado nazista alemão durante a Segunda Guerra Mundial. A reformulação do modelo político que origina o Estado Democrático de Direito surge, então, como uma resposta ao massacre dos direitos fundamentais e das instituições políticas, traduzindo a necessidade de coexistência entre regime democrático e proteção qualificada de direitos fundamentais em relação às maiorias de ocasião. Não por coincidência, essa é a fase em que se deu o processo de expansão da democracia referido na seção anterior.

Trata-se da consagração de um modelo cuja característica principal é a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida e garantidora dos direitos fundamentais dos indivíduos, onde a validade das leis não depende somente da sua forma democrática de produção, mas de sua conformidade com os preceitos constitucionais²⁷.

Diante do novo arranjo político e dogmático, a Constituição alcança sua hegemonia e passa a ocupar o topo do ordenamento jurídico, de forma que seu texto já não representa um documento meramente formal, restrito às finalidades gerais do estado e à sua organização burocrática. Trata-se, isso sim, de instrumento de consagração dos direitos fundamentais dos indivíduos, na forma de normas cogentes de direito, sendo seus desígnios dotados de força normativa direta e imperatividade²⁸. Ou seja, os desígnios constitucionais vinculam não apenas o exercício das atividades administrativa, legislativa e jurisdicional, mas também o conteúdo material das relações jurídicas que se desenvolvem dentro dos diversos campos teóricos do direito pátrio, inclusive no âmbito das relações de direitos privado.

Neste cenário, o texto constitucional assume papel central dentro do ordenamento jurídico, aproximando a idéia de constitucionalismo da democracia, ao prever os procedimentos democráticos que irão compor a autodeterminação e consagrando desígnios de preservação dos direitos fundamentais. Na lição de Paulo Murillo Calazans,

As expressões “democrático” e “direito” pressupõem, com efeito, a vinculação da forma de organização e, principalmente, de atuação do Estado ao princípio da

²⁷ Conforme salienta Gustavo Binbenbojm, “A partir desta perspectiva, pode-se falar numa supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição, relacionada ao fato de que os valores mais caros a uma comunidade política costumam ser exatamente aqueles acolhidos pela sua Lei Maior, e que, exatamente por isto, são postos ao abrigo da vontade das maiorias legislativas de ocasião”. BINENBOJIM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A Redemocratização do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 64.

²⁸ No tocante ao reconhecimento da força normativa da Constituição. Cf. HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

legalidade, assim como, com maior relevância ainda, o princípio democrático, pelo qual o exercício do poder é legitimado pela participação ativa da comunidade, à qual o poder se dirige, no processo de produção normativa e de tomada de decisões ou estabelecimento de diretrizes fundamentais.²⁹

Temos, então, um modelo em que convivem a idéia de soberania popular e o resguardo em sede constitucional de direitos fundamentais. Nesta característica mora o que parte da doutrina entende como um paradoxo inerente ao conceito de democracia, uma vez que haveria uma tensão entre a idéia de autodeterminação popular através de participação no processo político e a proteção de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, já que esta última seria um limitador à formação da vontade popular (constantemente vinculada à observação desses direitos).

Inobstante a fertilidade e a complexidade deste debate, não cabe uma abordagem minuciosa as possíveis interpretações que a doutrina oferece a essa tensão. As idéias de liberalismo e democracia, simbolizadas no modelo do Estado Democrático de Direito, respectivamente, pela proteção da autonomia privada e da autonomia pública do indivíduo, expressam idéias que, diante de um olhar superficial, podem parecer antagônicas. Isto porque, enquanto o liberalismo busca a consagração formal e material de um determinado grupo de direitos individuais, fora do alcance das maiorias de ocasião, o princípio absoluto da democracia continua sendo o da soberania popular, cujo objetivo principal é transformar a vontade destas maiorias no produto final do processo político.

É mais adequado às concepções que compõem este estudo o entendimento de Jürgen Habermas, que caminha em direção a uma idéia de co-originariiedade entre as duas esferas³⁰. Ora, como se daria uma deliberação democrática acerca do conteúdo de direitos subjetivos, sem o resguardo de direitos de participação, como o de tomar parte formalmente do processo eleitoral, o de expressar suas idéias sobre questões políticas, ou ainda, sem a garantia de receber toda qualidade de informação adequada à compreensão destas questões? Em contrapartida, para um cidadão estar apto a participar do processo político é fundamental que

²⁹ CALAZANS, 2003, p. 87.

³⁰ “[...] a idéia de direitos humanos vertida em direitos fundamentais, não pode ser imposta ao legislador soberano a partir de fora, como se fora uma limitação, nem ser simplesmente instrumentalizada como um requisito funcional necessário a seus fins. Por isso, há que se considerar os dois princípios como sendo, de certa forma, co-originários, ou seja, um não é possível sem o outro. Além disso, a intuição de ‘co-originariiedade’ também podem ser expressa de outra maneira, a saber, como uma relação complementar entre autonomia privada e autonomia pública. Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os ‘cidadãos da sociedade’ (Gesellschaftsbürger) só podem gozar simetricamente de sua autonomia privada se, enquanto cidadãos do Estado (Staatsbürger), fizerem uso adequado de sua autonomia política – uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles ‘o mesmo valor’”. HABERMAS, 2003, p. 154-155.

sejam supridas as suas necessidades pessoais, garantidas pelo resguardo de direitos individuais.³¹ É neste ponto que se encontra a própria normatividade do Estado Democrático de Direito, que se fundamenta pela consagração conjunta da autonomia pública e privada do indivíduo.

Esta idéia de cooriginariedade está em consonância com a presente proposta, que defende a necessidade de proteção conjunta e equilibrada da liberdade de expressão como um direito individual subjetivo e como um direito coletivo instrumental à manutenção do regime democrático – conforme será demonstrado mais à frente. Por ora, é necessário passar à abordagem desse processo de consagração do Estado Democrático de Direito na experiência brasileira.

1.2.2 A gênese da Constituição Federal de 1988 – o regime democrático, os direitos fundamentais e o pluralismo político

No Brasil, o marco histórico³² de consagração deste modelo se deu no contexto de redemocratização do Estado após duas décadas de regime ditatorial, pontualmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo texto consagra a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos não apenas como um dever prestacional do Estado, mas também como um limitador das suas atividades.³³ A forte característica de rompimento com o regime

³¹ Nesse sentido também entende Robert Dahl “A democracia não é apenas um processo de governar. Como os direitos são elementos necessários nas instituições políticas democráticas, a democracia também é inerentemente um sistema de direitos. Os direitos estão entre os blocos essenciais da construção de um processo democrático. Por um momento, imagine os padrões democráticos descritos no último capítulo. Não está óbvio que, para satisfazer a esses padrões, um sistema político teria necessariamente de garantir certos direitos a seus cidadãos? Tome-se a participação efetiva: para corresponder a esta norma, seus cidadãos não teriam necessariamente de possuir um direito de participar e um direito de expressar suas idéias sobre questões políticas, de ouvir o que outros cidadãos têm a dizer, de discutir questões políticas com outros cidadãos? Veja o que requer o critério de igualdade de voto: os cidadãos devem ter um direito de votar e de ter seus votos contados com justiça. O mesmo acontece com outras normas democráticas: é evidente que os cidadãos devem ter um direito de investigar as opções viáveis, um direito de participar na decisão de como e o que deve entrar no planejamento – e assim por diante.” DAHL, 2001, p. 62.

³² Segundo a denominação aplicada por Luís Roberto Barroso: “O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, iniciado com a reconstitucionalização da Itália (1947) e da Alemanha (1949). A partir daí, redefiniu-se o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas, com a sinergia produzida pela confluência de idéias de constitucionalismo e democracia. Ao longo da década de 70 do século passado, a redemocratização da Grécia (1975), Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregou volume e expressão às idéias e categorias doutrinárias em discussão. A principal referência desse processo de transformação foi o Tribunal Constitucional Alemão, criado em 1951, e sua fecunda produção teórica e jurisprudencial responsável pela ascensão científica do direito constitucional nos países filiados à tradição romano-germânica”. BARROSO, 2007, p. 5.

³³ Nesse sentido, Têmis Limberger afirma que “O Estado Constitucional surge no final do século XVIII e se inter-relaciona com o Estado de Direito (com seus mecanismos clássicos) e os direitos fundamentais. É a

anterior é marcante na atual Constituição Brasileira, cabendo o destaque do Professor Luis Roberto Barroso, para quem “a Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado Democrático de Direito”³⁴.

A preocupação do constituinte com a construção de um modelo político mais justo, democrático, igualitário e plural, pode ser observada em diversos aspectos do texto constitucional. A fim de exemplo, note-se a enumeração dos objetivos fundamentais da República no artigo 3º, a preservação das liberdades e direitos fundamentais do art. 5º e o extenso rol de direitos sociais consagrados e normatizados, principalmente, ao longo do art. 6º³⁵.

O caso específico da liberdade de expressão é um dos símbolos da redemocratização, diante da vedação absoluta a qualquer tipo de censura trazida no art. 5º, IX e no §2º do art. 220. É nítida a intenção do constituinte de reprovar veementemente não apenas a repressão sofrida pela imprensa em relação às notícias de cunho político, mas também aquela que foi imposta a qualquer tipo de manifestação artística e cultural que de alguma forma não se coadunasse com os ideais defendidos pelo governo militar.

Os desdobramentos teóricos e hermenêuticos desta realidade são inúmeros e complexos, principalmente no caso da Constituição Brasileira, que em sendo altamente garantística, privilegiou uma diversidade de valores que muitas vezes se contrapõem nos casos concretos. Não obstante as implicações metodológicas esta realidade, cabe demonstrar que os direitos fundamentais – dentre eles, a liberdade de expressão, em suas dimensões subjetiva e objetiva - devem ser interpretados à luz da compreensão de que ocupam uma posição central dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que neles estão contidos os valores que embasam e guiam a construção da organização política proposta pela

função limitadora da Constituição, que coincide com a idéia de Constituição escrita e encontra seus expoentes máximos na Constituição dos Estados Unidos e na Constituição Francesa, que têm duas funções básicas: limitar o poder do Estado e garantir os direitos fundamentais.” LIMBERGER, Têmis. Transparência Administrativa e Novas Tecnologias: o Dever de Publicidade, o Direito a ser Informado e o Princípio Democrático. In: **Revista de Direito Administrativo**, n.º 244. São Paulo: Atlas, 2007. p. 252.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In: **Revista de Direito do Estado**, Ano 3, n.º 10. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36.

³⁵ “Na verdade, o compromisso maior da Carta de 88 não é com a manutenção do *status quo*, mas com a mudança em direção à construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária. Isto se percebe, facilmente, por exemplo, na leitura dos objetivos fundamentais da República, enunciados no art. 3º do texto magno, que devem servir de guia na interpretação dos demais preceitos da Constituição. O constituinte partiu da inesquecível premissa empírica – infelizmente inalterada desde 1988 – de que a estrutura social brasileira é injusta e opressiva em relação aos pobres e integrantes de grupos desfavorecidos, e decidiu que este estado de coisas deveria ser energeticamente combatido pelo Estado.” SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais** – Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 263-308 p. 96.

Constituição Democrática de 1988.

Por fim, é necessário apontar a pluralidade de valores e de interesses políticos resguardados no texto constitucional, que é o resultado de um processo de deliberação caracterizado pela alta diversidade dos setores públicos e da sociedade civil envolvidos no processo constituinte. Sem alimentar romantismos em relação a esta circunstância, Antonio Moreira Maués se refere ao resultado da assembléia constituinte como aquele pactuado no âmbito de “uma sociedade pluralista, marcada pela convivência entre diferentes crenças e valores”. Assim, seria possível identificar no próprio texto constitucional o reflexo de um contexto político em que conviviam crise fiscal, alta inflação, uma forte demanda por justiça social e uma acirrada disputa por recursos de poder de parte dos setores organizados da sociedade brasileira.³⁶

Coroa a constatação da diversidade de interesses na Constituição de 1988 a eleição do “pluralismo político” dentre os fundamentos da República elencados no artigo 1º³⁷, ao lado de uma série de outros institutos que, seja mediata ou imediatamente, têm o fulcro de respeitar e estimular diversidade. Dentre eles, estão o direito à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, a liberdade religiosa, o direito de reunião³⁸ e a vedação ao monopólio dos meios de comunicação social de massa³⁹.

Junto com a adoção do modelo de Estado Democrático, a diversidade de bens jurídicos resguardados e a centralidade dos direitos fundamentais, o pluralismo político representa uma das características da Carta de 1988 mais importantes ao desenvolvimento deste trabalho. A breve análise desses aspectos já começa a demonstrar a justificação de uma política promotora de pluralismo nos meios de comunicação perante a Constituição Federal. A

³⁶ MAUÉS, Antonio Moreira. Constituição e Pluralismo Vinte Anos Depois. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2009. p. 169.

³⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.”

³⁸ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;”

³⁹ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.”

fim de consolidar esse entendimento, serão abordados de forma mais específica os preceitos da Carta de 1988 que informam o debate proposta de forma mais imediata.

2 OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS QUE INFORMAM O DEBATE: O PLURALISMO POLÍTICO, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DEVER DE PROPORCIONALIDADE.

2.1 O pluralismo político

No contexto de sua promoção pelo poder público nos meios de comunicação, o pluralismo se apresenta através de duas vias distintas: como um dos fundamentos da república brasileira, positivado pelo art. 1º, IV da Constituição Federal, e como uma exigência de natureza substantiva e procedimental decorrente da dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão, conforme será abordado na próxima seção. Neste momento, será exposto o seu tratamento enquanto preceito autônomo consignado no dispositivo supracitado.

A consignação do pluralismo político no texto da Carta de 1988 reflete o reconhecimento pelo poder constituinte de que a sociedade brasileira é composta por indivíduos partidários das mais variadas concepções políticas, culturais, religiosas e filosóficas. Reflete, ainda, o entendimento de que, independentemente das suas convicções pessoais, o conteúdo pactuado naquela Carta atende a todos eles, de forma que o regime de governo deve permitir que todos sejam representados ao longo do processo político⁴⁰. Tendo em vista que a materialização dessas concepções no processo político só pode acontecer através da sua manifestação, ou seja, pela voz de cada indivíduo ou grupo de indivíduos, também é possível dizer que a efetiva concretização do pluralismo político depende da garantia de liberdade de expressão.

Para entender a eleição deste fundamento pelo constituinte e as implicações que ele provoca no regime jurídico dos meios de comunicação social, cabe traçar um espectro do conteúdo semântico de pluralismo político e quais os valores que estão embutidos nesta idéia. Por que é importante garantir que a mídia seja composta por uma pluralidade de fontes de informação? O que justifica essa proteção?

Desde já, identifica-se que essa resposta pode ter duas origens: uma, com base nos valores substantivos embutidos no preceito; e outra, que se revela por sua conexão com a idéia de Estado Democrático de Direito, que como foi consignado na Parte 2 supra, é o regime

⁴⁰ Não há que se cogitar a restrição da proteção constitucional ao âmbito pluralismo político partidário – que é um dos reflexos do pluralismo político consagrado como fundamento da república. A Constituição Brasileira é permeada por uma essência pluralista, inclusive no tocante ao regime jurídico dos meios de comunicação social, conforme será visto a seguir.

de governo que caracteriza o Estado Brasileiro.

2.1.1 Conteúdo substantivo - pluralismo como valor individual e valor coletivo

De uma forma geral, a idéia de pluralidade pode ser imediatamente assimilada à existência de uma diversidade de formas de entender ou tratar um determinado objeto. Intuitivamente, a principal expressão desta idéia é de natureza cultural, e se reflete nos campos da religião, da política e da filosofia, dentre outros.

Dizer que a sociedade é plural é observar as diversas formas de manifestação cultural, a propagação de variadas religiões, o embate entre diferentes concepções políticas e os inúmeros caminhos pelos quais pode enveredar a busca filosófica de cada indivíduo pela sua verdade, pela sua concepção de bem. É, também, deparar-se com a complexidade das relações sociais e políticas diante de uma heterogeneidade de interesses perseguidos pelos indivíduos (sejam eles pessoais ou coletivos) que obriga cada um deles ao confronto com a individualidade do outro, que se dá dentro da esfera pública de debate. Conforme expressou Gisele Cittadino,

A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, se configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa, senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade.⁴¹

Além das acepções que se referem às implicações da diversidade cultural, filosófica e religiosa, mas sem se afastar tanto do campo semântico que lhe é peculiar, o termo vem sendo utilizado para se referir a situações diversas. No campo da ciência política, por exemplo, Norberto Bobbio trata da idéia de sociedade plural como um modelo de governo em que o poder é repartido entre diferentes centros decisórios autônomos⁴². Referida proposta faria oposição às idéias de um governo despótico, centralizado na figura de um único governante. Segundo o autor, as várias formas de organização de governo baseadas na idéia de pluralismo teriam em comum “a valorização dos grupos sociais que integram o indivíduo e desintegram o

⁴¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** – Elementos da Filosofia Constitucional e Contemporânea. 4. ed.: Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2009. p. 78.

⁴² “Que uma sociedade é tanto melhor quanto mais repartido for o poder e mais numerosos forem os centros de poder que controlam os órgãos do poder central é uma idéia que se encontra em toda a história do pensamento político. Uma das formas tradicionais para se distinguir um governo despótico de um governo não-despótico é observar a maior ou a menor presença dos chamados corpos intermediários e, mais precisamente, a maior ou menor distribuição do poder territorial e funcional entre governantes e governados. A alta concentração de poder que não tolera a formação de poderes secundários e interpostos entre o poder central e o indivíduo, e que anula toda a oposição ao arbítrio do governante, caracteriza essencialmente todo governo despótico.” BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Brasília: Editora UnB, 1999. p. 15.

Estado”.⁴³

Não obstante ter dado à matéria uma aplicação especificamente direcionada à organização do regime de governo⁴⁴, Norberto Bobbio foi muito feliz ao sintetizar os aspectos que caracterizam o pluralismo, captando a essência genérica de um conceito cuja aplicabilidade é tão abrangente:

Quando hoje se fala de pluralismo ou de concepção pluralista da sociedade, ou coisa semelhante, entende-se mais ou menos claramente essas três coisas. Antes de tudo, uma constatação de fato: **nossas sociedades são sociedades complexas**. Nelas se formaram esferas particulares relativamente autônomas, desde os sindicatos até os partidos, desde os grupos organizados até os grupos não-organizados, etc. Em segundo lugar, uma preferência: **o melhor modo para organizar uma sociedade deste tipo é fazer com que o sistema político permita ao vários grupos ou camadas sociais que se expressem politicamente**, participem, direta ou indiretamente, na formação da vontade coletiva. Em terceiro lugar, uma refutação: uma sociedade política assim constituída é a **antítese de toda forma de despotismo**, em particular daquela versão moderna do despotismo a que se costuma chamar totalitarismo.⁴⁵ (grifo nosso)

Considerando que, neste momento, o objetivo é traçar um conteúdo substantivo mínimo para este conceito, que tenha o potencial de justificar as implicações práticas de sua aplicabilidade ao regime jurídico dos meios de comunicação, a definição acima serve como ponto de partida, já que nela estão contidas as principais idéias que sintetizam a relevância deste preceito para o tema em voga: as sociedades contemporâneas se caracterizam pela diversidade de interesses e concepções de bem e permitir que todas essas concepções sejam expressas na esfera pública, influenciando diretamente o resultado do processo político, é uma característica essencial dos regimes democráticos.

Aprofundando esta concepção, o valor do pluralismo político pode ser entendido tanto numa perspectiva individual quanto numa perspectiva coletiva⁴⁶. No primeiro caso, quando se fala na promoção do pluralismo, busca-se garantir que cada indivíduo possa manifestar sua identidade - em todas as dimensões que a compõem, sejam elas políticas, culturais, filosóficas ou religiosas – dentro da esfera pública de debate, e assim, ter os seus interesses contemplados dentro do processo político, independentemente do grau ou da forma em que isso aconteça. Trata-se de um direito subjetivo individual de cada cidadão, do qual depende a própria construção da sua identidade pessoal, através tanto da afirmação de sua concepção de mundo, quanto do contato com as visões dos demais indivíduos.

⁴³ BOBBIO, 1999. p. 21.

⁴⁴ Além da obra já citada, confira-se **O Futuro da Democracia**, 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. pág. 33.

⁴⁵ BOBBIO, 1999, p. 16.

⁴⁶ Corroborar com este entendimento o de Gisele Cittadino, para quem “Do ponto de vista interno, os indivíduos se dividem de três formas distintas, ou seja, segundo seus interesses e seus papéis, segundo suas identidades e tradições, e, finalmente, segundo seus ideais, princípios e valores. Do ponto de vista público, o pluralismo se expressa através de uma grande variedade de valores diferentes, incomensuráveis e incompatíveis defendidos por comunidades ou grupos distintos.” CITTADINNO, 2009, p. 86-87.

Dentro deste aspecto, nota-se uma relação fundamental do pluralismo político com o direito à liberdade de expressão em sua dimensão subjetiva; não obstante, o mesmo não se confunde com o valor do pluralismo político na perspectiva individual. O que se defende aqui é que, mais do que a possibilidade de se expressar sem impedimentos externos, ao permitir o acesso do indivíduo a uma diversidade de concepções, o fato do pluralismo o beneficia na construção de sua identidade, e isso por si só, já possui um valor subjetivo em si.

Quanto ao seu entendimento como um valor coletivo, mora nesta dimensão a maior riqueza de significados que podem ser atribuídos ao pluralismo político. Nesta perspectiva, ele pode ser relacionado a uma série de fatores que, se não compõem a própria essência dos Estados Democráticos de Direito, certamente configuram algumas de suas finalidades. Conforme já foi afirmado anteriormente, o pluralismo político tem relação indissociável do próprio conceito de democracia, e isso será objeto da próxima seção.

Por ora, cabe dizer que, guardados os pressupostos e desdobramentos teóricos de cada autor, a maioria das concepções de democracia que se desenvolveram a partir da segunda metade do século XX, e que hoje caracterizam a filosofia constitucional, partiram da idéia de pluralismo político como um pressuposto de fato⁴⁷. Além de conduzir o funcionamento procedimental do regime, o pluralismo também pode ser entendido como um meio de conferir legitimação ao mesmo (no sentido de que a deliberação verdadeiramente democrática deve permitir a representação de todos os interesses em jogo).

Outro aspecto que pode ser vinculado ao pluralismo como um valor coletivo é o desenvolvimento econômico e social de uma nação. Segundo Alexandre Ditzel Faraco⁴⁸, o reconhecimento do pluralismo e a sua garantia dentro da esfera pública de debate também é uma das condições necessárias para que este desenvolvimento se dê a uma forma plena e legítima, estando relacionado com dois aspectos fundamentais ao mesmo - sendo que o primeiro trata do próprio conceito de desenvolvimento econômico e social.

O autor se afasta do conceito tradicional de desenvolvimento econômico, renegando a equiparação supostamente necessária entre desenvolvimento e crescimento econômico, defendendo que a própria definição do que configuraria desenvolvimento econômico e social para uma determinada comunidade é pauta para o debate político que se dá na esfera pública,

⁴⁷ Segundo Gisele Cittadino, a maioria da doutrina entende o pluralismo como sendo um pressuposto de fato a ser constatado nas democracias contemporâneas, sendo minoritária a parcela da doutrina que identifica um valor intrínseco no próprio. CITTADINNO, 2009, p. 78.

⁴⁸ FARACO, Alexandre Ditzel. Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 93.

e que deve incluir a manifestação dos interesses de cada grupo que a compõe.

Além de pressuposto para a definição do que se pretende através da busca pelo desenvolvimento econômico, a garantia de pluralismo também cumpriria um papel fundamental na consecução dos objetivos delineados, uma vez que deverão ser avaliadas todas as alternativas propícias à realização daqueles fins da forma mais eficiente. Nesse sentido, expõe o autor que

[...] a possibilidade de uma pluralidade de idéias e concepções se difundirem no meio social determinará, de forma direta, as condições de desenvolvimento. De um lado, a difusão e a discussão dessas idéias e conhecimento em um espaço público favorecerão o processo de identificação das alternativas mais adequadas no contexto de uma política de desenvolvimento, assim como permitirá mais rapidamente a correção dos efeitos inesperados e indesejados de uma ação pública. De outro, a viabilização de canais de expressão das visões do mundo inerentes à comunidade afetada por dita política acabará por determinar as perspectivas que se tem em relação ao que seja desenvolvimento naquela situação concreta.⁴⁹

Temos então que o pluralismo, mais do que uma constatação de fato sobre a sociedade moderna, possui um valor próprio que justifica a sua proteção como um fim em si mesmo, além, é claro, da sua importância como instrumento de diversificação do debate. Esse entendimento está perfeitamente alinhado com os preceitos que hoje embasam e conduzem o processo político que se dá nos Estados Democráticos de Direito.

2.1.2 Pluralismo político e Estado Democrático de Direito

Após delinear a substância do pluralismo político e explorar alguns dos valores que a ele são associados, será abordada a sua relação com o conceito de Estado Democrático de Direito e os termos em que a sua proteção e promoção se justificam dentro deste modelo de organização política.

A aplicabilidade da idéia de pluralismo no campo do direito foi elemento fundamental ao pensamento desenvolvido pelos jusfilósofos chamados de *neoconstitucionalistas*, a partir da segunda metade do século XX. Isto se deu a partir do massacre dos direitos fundamentais que caracterizou os regimes totalitários instalados nos Estados-nação europeus, e mais tarde, nos latino-americanos, gerou um processo de expansão da democracia, baseado no modelo do Estado Democrático de Direito⁵⁰.

⁴⁹ FARACO, 2002, p. 94.

⁵⁰ Associar o conceito de pluralismo a este momento nos interessa, uma vez que é dentro das teorias desenvolvidas neste momento do pensamento político que se justifica a nossa proposta principal (conforme se expõe na Seção 1.1. anterior). No entanto, ressalve-se que o conceito de pluralismo já era tratado pelo positivismo jurídico de Hans Kelsen, para quem a legitimação política da democracia resolve-se na admissão

Cabe lembrar que este momento é conhecido como *virada kantiana*⁵¹ na filosofia constitucional, quando os jusfilósofos direcionaram os esforços teóricos para a justificação de um modelo de estado que reunisse tanto o princípio democrático da soberania popular, quanto a preservação de direitos fundamentais dos indivíduos em sede constitucional, afastados do alcance das maiorias de ocasião. Para tanto, muitos destes autores se basearam numa releitura da idéia de pacto social⁵² da filosofia política do século XVIII, a fim de justificar a eleição dos direitos fundamentais do indivíduo dentro de um contexto de deliberação democrática.

O desenvolvimento desta proposta teve como um de seus guias a constatação do fato do pluralismo, através da percepção de que, ao longo dos tempos, a modernização das relações sociais e dos bens materiais passou a gerar uma maior variedade de concepções de bem e de interesses particulares a serem conciliados dentro da esfera pública.

Ainda que não tenha recebido tratamento uniforme pela doutrina, o tema do pluralismo foi recorrentemente apontado, no mínimo como uma circunstância de fato que condicionava os aspectos de implementação do regime político. Outros também o trataram como uma característica desejável ao novo modelo.

Na obra *O Liberalismo Político*, em que trata dos desafios da aplicação de sua *Teoria de Justiça*⁵³ às democracias liberais, John Rawls enfrentou as dificuldades trazidas pelo “fato do pluralismo”, que identifica como uma característica inexorável das sociedades modernas:

[...] a diversidade de doutrinas compreensivas, religiosas, filosóficas e morais, que encontramos nas sociedades democráticas modernas, não constituem uma mera situação histórica que repentinamente poderá terminar; é uma característica permanente da cultura pública da democracia. Nas condições políticas e sociais que asseguram os direitos e as liberdades básicos de instituições livres, uma diversidade de doutrinas compreensivas opostas e inconciliáveis surgirá e persistirá, se é que tal diversidade já não está ocorrendo.⁵⁴

do acesso das diversas tendências políticas nos procedimentos de formação da vontade. Nesse sentido, cf. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** O Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 136-156.

⁵¹ Sendo que a denominação se justifica pelo resgate da filosofia alemã de Immanuel Kant, a partir de uma releitura do imperativo categórico desenvolvido pelo autor e resumido pela máxima “Age apenas segunda uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.” Cf. KANT, Immanuel. Transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes. In: **Textos Selecionados.** São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 129.

⁵² Motivo pelo qual parte da doutrina se refere a eles como *neocontratualistas*, dentro os quais estão John Rawls, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin.

⁵³ Sobre a Teoria de Justiça desenvolvida por John Rawls, cf. a obra “Uma Teoria de Justiça”, em que o autor justifica o Estado de Direito com base em um processo deliberativo de aplicação de dois princípios materiais de justiça. RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁵⁴ No original: “[...] la diversidad de doctrinas comprensivas, religiosas, filosóficas y Morales presentes en las sociedades democraticas modernas no es un mero episodio histórico pasajero; es un rasgo permanente de la cultura pública democrática. Bajo las condiciones políticas y sociales amparadas por los derechos y libertades básicas de las instituciones libres, tiene que aparecer – si es que no há aparecido ya – y perdurar una diversidad de doctrinas comprensivas encontradas, irreconciliables y, lo que es mas, razonables.” RAWLS, John. **El Liberalismo Político.** Barcelona: Critica, 2006. p. 66-67.

Conforme aponta Giselle Cittadinno⁵⁵, Rawls não reconhecia qualquer conotação valorativa ao pluralismo, tratando o conceito como um fator de instabilidade dentro do regime democrático, obstáculo ao consenso sobre as diretrizes políticas e sociais a serem implementadas pelo regime de governo. O autor desenvolveu este conceito na forma de *pluralismo razoável*, caracterizado pela possibilidade de convivência, dentro da cultura pública, de doutrinas abrangentes razoáveis⁵⁶, que apesar de suas peculiaridades, permitem o acordo sobre doutrinas e posições políticas⁵⁷.

O conceito de pluralismo também foi tratado como um obstáculo no âmbito dos debates sobre o binômio *direitos fundamentais e participação democrática* - que aponta a tensão entre a idéia de autodeterminação popular através de participação no processo político e a proteção de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Para alguns, esta última característica um limitador à formação da vontade popular, constantemente vinculada à observação desses direitos. Relembrando, supõe-se um conflito inerente às idéias de autonomia pública e autonomia privada do indivíduo, sobre qual delas deveria ser priorizada no âmbito de um regime político, ou sobre quais direitos fundamentais seriam o pressuposto absoluto das políticas a serem adotadas na esfera legislativa (regras como, por ex., as de proteção de direitos humanos ou como aquelas que visem a garantir a participação política do cidadão, como por ex., o direito a voto e à candidatura a cargos públicos).

Dentro deste contexto, a anuência do fato do pluralismo levou ao desenvolvimento, por parte da doutrina, da teoria do *pluralismo ético*. Segundo expõe Cláudio Pereira de Souza Neto, o pluralismo ético parte da premissa de que, diante da diversidade de interesses em conflito, nunca seria possível atingir um nível satisfatório de conciliação entre os mesmos. O autor explica que,

O seu principal elemento repousa na compreensão de que nem todos os valores supremos buscados pela humanidade agora e no passado são necessariamente compatíveis uns com os outros. Para o 'pluralismo ético', é evidente que os valores colidem, e essas colisões de valores fazem parte da essência do que eles são e do que nós somos. O pluralismo ético enfatiza que a harmonização de tal conflito só é possível em um mundo ideal, acima do nosso (i. e., só é possível na teoria), pois implica a atribuição de significado aos valores que são diferentes daqueles

⁵⁵ CITTADINNO, 2009, p. 80.

⁵⁶ "Rawls atribui três características às doutrinas abrangentes razoáveis: são o resultado do exercício da razão teórica, pois abarcam os mais importantes aspectos religiosos, filosóficos e morais da vida humana da maneira mais ou menos consistente e coerente; também são resultado do exercício da razão prática, de vez que atribuem a certos valores uma primazia particular e um certo peso específico; finalmente, as doutrinas compreensíveis razoáveis permanecem estáveis ao longo do tempo, ainda que evoluam lentamente se acreditam que há, desde seu ponto de vista, boas e suficientes razões para tanto." Ibid., p. 81.

⁵⁷ Sobre o desenvolvimento da idéia de pluralismo razoável por John Rawls, cf. TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 467-520. p. 467-520.

atribuídos no mundo real. Neste, a satisfação de um dos valores colidentes sempre resulta no sacrifício de outro.⁵⁸

Assim, para esta corrente de pensamento, a pluralidade de interesses envolvidos num contexto político em que as prerrogativas garantísticas do liberalismo são, em algum grau, sacrificadas pelo atrito da convivência com o funcionamento da democracia (e vice versa), leva à necessidade de “compromissos transitórios” sobre os diversos interesses em jogo, diante da impossibilidade de um reconhecimento mútuo e legítimo⁵⁹.

Na teoria da democracia deliberativa, o conceito de pluralismo encontra um tratamento mais otimista. Como ela se baseia na possibilidade de conciliação destes interesses através do debate na esfera pública, a democracia deliberativa acredita na possibilidade de um consenso político a partir do pluralismo, já que os cidadãos poderiam aceitar restrições impostas às suas decisões quando apresentadas como garantia de seu poder de continuar decidindo (mas não quando tivessem um objetivo voltado única e exclusivamente para a promoção da concepção isolada de um determinado grupo). Nesse contexto, o fato do pluralismo não é tratado tanto como uma contingência, mas assume, até, um papel de legitimação do regime democrático – pois é assegurando o exercício das diversas concepções individuais na esfera pública que o resultado da deliberação terá a consistência de um consenso construído por vontades diferentes.⁶⁰

Fica claro, então, que o pluralismo é uma característica dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, que muitas vezes é abordado como um desafio à possibilidade de instauração de diretrizes que representem um consenso efetivo entre os cidadãos. Inobstante as dificuldades práticas que, de fato, se apresentam, não se pode negar que a construção de um interesse comum é a pretensão do modelo de governo tratado.

A concepção de democracia que embasa este trabalho não permite a condução da coisa pública que privilegie um ou poucos interesses em detrimento dos demais, de forma alheia aos pontos de vista representados na esfera pública. Não há dúvida de que essa essência permeia a nossa Constituição, conforme expressam: a gênese do texto constitucional (caracterizada pela consagração de uma diversidade de interesses, representativos de diferentes grupos sociais e políticos), a eleição do mesmo como fundamento da república, e ainda, o regime jurídico consignado para a liberdade de expressão e os meios de comunicação social, do qual se trata a

⁵⁸ SOUZA NETO, 2006, p. 54.

⁵⁹ Ibid., p. 55.

⁶⁰ “Não há aqui uma mera relação de compatibilidade, mas de complementaridade necessária, de dependência recíproca: se inexistente, por conta do fato do pluralismo, uma doutrina abrangente capaz de gozar de um amplo consenso, a ponto de ‘naturalizar’ determinado conjunto de valores, a legitimação das decisões públicas só pode se dar através da autolegislação, e o estado de direito é o pressuposto fundamental para que tal prerrogativa continue a ser exercida em um contexto de pluralismo.” Ibid., p. 70.

seguir.

2.2 Liberdade de Expressão

Conforme exposto na Introdução, compõe o objetivo deste trabalho consignar que a intervenção regulatória no mercado de comunicação social a favor da promoção de pluralismo não deve ser entendida como uma restrição à liberdade de expressão destes veículos, mas sim, como uma condição da plena realização deste preceito. Essa abordagem também será importante para demonstrar o entendimento de que o pluralismo se insere no conteúdo da liberdade de expressão.

Para alcançar esses objetivos, serão abordados quais direitos e garantias estão embutidos no conteúdo da liberdade de expressão, quais são as dimensões que a compõem e qual é o seu papel dentro dos regimes democráticos.

2.2.1 Direitos e garantias contidos no preceito - “liberdades” de expressão e comunicação

Primeiramente, é importante apresentar alguns esclarecimentos sobre o conteúdo do direito fundamental chamado de “liberdade de expressão”, já que sob a égide de sua proteção encontra-se uma série de garantias distintas entre si, mas reunidas por uma mesma filosofia: a plena realização da pessoa humana, que demanda a garantia de condições para o seu desenvolvimento subjetivo e coletivo. A essência dessa filosofia foi bem captada por Jónatas E.M. Machado, ao afirmar que

Longe de corresponder a uma concepção egoísta e individualista, a liberdade de expressão é inerentemente coletiva e contextual, assentando na procura de um justo equilíbrio entre prerrogativas individuais e as necessidades da vida coletiva. Ela pressupõe que o sujeito desenvolve e afirma sua personalidade mediante a interação comunicativa e *através* da comunicação, sendo esta um pressuposto fundamental do seu sentimento de auto-estima e da sua capacidade de escolha racional.⁶¹

Com efeito, é possível verificar o uso do termo “liberdade de expressão” como referência para uma série de circunstâncias que, apesar de serem identificadas por um sentido substantivo genérico, guardam as suas peculiaridades. É o caso de expressões como “liberdade de manifestação do pensamento”, “liberdade de opinião”, “liberdade de imprensa”, “liberdade de informação”, “direito à informação” e “liberdade de consciência”, dentre outras.

⁶¹ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão**. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 359-360.

Para este trabalho, a melhor forma de tratar o termo “liberdade de expressão” é entendê-lo como um *supraconceito*⁶², ao qual possa ser reconduzido um conjunto de direitos, liberdades e garantias relacionados à difusão de idéias e de notícias, que também pode ser chamado de “liberdades de comunicação”. Essa foi a nomenclatura eleita por José Affonso da Silva, para se referir ao “conjunto de direitos, formas, processos e veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”.⁶³ Na mesma linha, Edilsom Farias se refere a esse conjunto de garantias como “liberdades de expressão e comunicação”, que englobam tanto as “expressões de pensamento, de opinião, de consciência, de idéia, de crença ou de juízo de valor”, quanto “o atual e complexo processo de comunicação de fatos ou notícias existentes na vida social”⁶⁴.

Cumprido esclarecer que não foi adotada nomenclatura uniforme ao longo deste trabalho; em regra, “liberdade de expressão” será uma referência a todos os conteúdos que compõem esse conjunto de liberdades e garantias (até porque, a forma mais acertada de tratá-los é em conjunto). Tanto não nos impedirá de utilizar, também, a expressão “liberdades de comunicação” para tratar exatamente da mesma coisa. A referência a um ou apenas alguns desses direitos e garantias será feita de forma específica, quando a segregação do aspecto em questão for necessária à argumentação apresentada.

Por oportuno, foram listadas abaixo as principais garantias que podem ser extraídas do conjunto que compõe a liberdade de expressão. Seleccioná-las em razão de sua importância para o debate em tela e de sua ocorrência na doutrina visitada será mais adequado do que exaurir todas as possíveis ocorrências, pelo que isto foi feito ora tratando individualmente de alguma garantia, ora tratando de um grupo com essência normativa comum:

Liberdades de expressão em sentido estrito: seriam aquelas liberdades referentes à exteriorização de pensamentos, opiniões, juízos de valor, críticas e crenças, cuja consagração é voltada para a preservação dos elementos mais subjetivos que compõem o *supraconceito* de liberdade de expressão. Nestes casos, a proteção se justifica independentemente de exames de correção ou de veracidade sobre a informação, tamanho o nível de abstração e de subjetividade do conteúdo que os caracterizam. Entretanto, não há que se falar na ausência absoluta de parâmetro para o seu exercício, sendo reprováveis, por exemplo, os abusos

⁶² “Considerado num sentido amplo, o direito à liberdade de expressão compreende hoje um conjunto de direitos fundamentais que a doutrina reconduz à categoria genérica de *liberdades comunicativas* ou *liberdades da comunicação*. Em termos dogmáticos isso obriga à construção de um *supraconceito* ao qual estas últimas possam ser reconduzidas.” MACHADO, 2002, p. 371.

⁶³ SILVA, 2003, p. 242.

⁶⁴ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação**: Teoria e proteção constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 53.

consubstanciados em agressões aos direitos da personalidade⁶⁵.

Liberdade de Imprensa, Liberdade Editorial e Liberdade de Programação: apesar da liberdade de imprensa ter sido originalmente entendida como aquela conferida aos conteúdos difundidos através dos meios de comunicação impressos (como livros, jornais, revistas, panfletos, periódicos e afins), a sua acepção mais correta é aquela a favor da livre atividade jornalística exercida através de todos os veículos de comunicação social, independente das tecnologias e meios físicos que possibilitem a comunicação.

Considerando que esses veículos hoje são os grandes responsáveis pela difusão da agenda de debate público, a liberdade de imprensa é um instrumento essencial para que opinião pública se forme de maneira não-condicionada a quaisquer interesses segmentados, de agentes públicos ou privados. Como é através da imprensa que a coletividade tem acesso às informações relativas à coisa pública, é possível dizer que de sua liberdade depende a própria manutenção de um regime democrático⁶⁶. Essa função da imprensa foi consignada pelo ensinamento de Rui Barbosa:

A imprensa é a vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonégam, ou roubam, percebe onde lhe alveja, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça.⁶⁷

É importante destacar que, mesmo sendo um impeditivo de quaisquer ações estatais que visem conformar o discurso de forma abusiva e opressora, a liberdade de imprensa também não pode ser interpretada como um direito privado das empresas de comunicação que as permita conduzir o debate conforme os seus próprios interesses. Assim entende Edwin Baker, para quem a lógica por detrás da preservação de liberdade de imprensa é a de que as comunicações devem servir ao público, e não ao governo ou aos agentes privados que atuam no mercado de mídia⁶⁸⁻⁶⁹.

⁶⁵ FARIAS, 2004, p. 80-81.

⁶⁶ “Só não pode haver democracia onde não existir liberdade de imprensa, porque é ela que garante, ao mesmo tempo em que prova, visível e cabalmente, a vigência dos direitos civis, políticos e sociais, por mais instável que seja a sua proteção. Democracia e imprensa livres são irmãs inseparáveis; não pode surgir uma sem a outra. O convívio da imprensa livre com a tirania é uma impossibilidade lógica. Se há uma, não pode haver a outra.” CAVALCANTI JÚNIOR, Flávio. Radiodifusão, democracia e regulamentação da mídia. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio de Matos e PIERANTI, Octavio Penna (org.). **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 164.

⁶⁷ BARBOSA, Rui. **A Imprensa e o Dever de Verdade**. São Paulo: Com-Arte; Editora da Universidade de São Paulo, 1990. 80 p. (Clássicos do Jornalismo Brasileiro; 2). Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_AImprensa_eo_deve_r_da_verdade.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2009..

⁶⁸ Conforme trecho original: “The rationale for press freedom is not that corporate entities have rights on their own behalf. Rather, the communications order should serve the public, which requires that the communication order be subject to noncensorious government structuring designed to make it operate better.”

Estão essencialmente ligadas à liberdade de imprensa a *liberdade editorial*⁷⁰ e a *liberdade de programação*, prerrogativas dos veículos de comunicação sobre a forma e o conteúdo das mensagens que pretendem difundir. A defesa da liberdade editorial pode ser relacionada à proteção da faculdade do veículo de expressar opinião ou tomar posição sobre questões de interesse público, e à sua prerrogativa de escolher o que deve ou não ser investigado e publicado⁷¹. Em um primeiro momento, pode ser entendida como uma limitação ao direito de expressão dos cidadãos e dos próprios jornalistas, que podem ser impedidos de exigir a veiculação de determinados conteúdos expressivos ou informativos de sua autonomia. Por conseguinte, encontra limites constitucionais expressos em institutos como direito de resposta e em demais deveres de publicação.

No mesmo sentido, a *liberdade de programação* também funciona como uma defesa dos veículos de comunicação contra tentativas de restrições conceituais aos conteúdos veiculados, sendo que a sua aplicabilidade é direcionada aos veículos de rádio e televisão aberta e paga (já que o conceito de “programação” geralmente é associado a uma seqüência ordenada de conteúdos publicísticos de natureza sonora ou audiovisual, com vistas à difusão dirigida ao público⁷²). Segundo esclarecem J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E.M. Machado, proteger a liberdade de programação

[...] significa que os programas podem ter um conteúdo informativo, formativo, lúdico, de entretenimento, abrangendo os diferentes domínios da vida social, de natureza política, econômica, cultural, artística, religiosa, desportiva, etc. Todos os programas, incidindo sobre quaisquer desses domínios, encontram-se *prima facie* protegidos pela liberdade de expressão em sentido amplo e pela liberdade de radiodifusão e programação.⁷³

Assim como acontece com a liberdade editorial, também são admitidas restrições à liberdade de programação⁷⁴, que além de abranger os direitos de acesso aos veículos de

BAKER, C. Edwin. **Media Concentration and Democracy** – Why Ownership Matters. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 167.

⁶⁹ No mesmo sentido, COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional** – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 157.

⁷⁰ MACHADO, 2002, p. 53 se refere ao de chama aqui de liberdade editorial como “*liberdade redactorial*”.

⁷¹ Ibid. p. 531-532.

⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **Reality shows e Liberdade de Programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 28. Cumpre esclarecer que os autores se referem apenas aos conteúdos de natureza audiovisual (“óptica e sonora”); contudo, o mesmo conceito pode do ser aplicado à programação das rádios. Ainda, como entendem a liberdade de programação como uma decorrência do que chama de “liberdade de radiodifusão”, não há referência clara à aplicabilidade aos serviços de televisão por assinatura, mas que também pode ser deduzida por analogia.

⁷³ Ibid., p. 31.

⁷⁴ “O direito em causa tem, pois, como destinatário principal, que não único, o Estado, sendo que este, para além de um dever de abstenção e de proteção do direito em causa, tem igualmente um dever de regulação. Assim, a liberdade de programação não é incompatível com o estabelecimento de algumas restrições, à semelhança do que sucede com todos os direitos, liberdades e garantias.” Ibid., p. 32.

comunicação, também podem representar restrições às exposições que atentem contra direitos e garantias fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a proteção de crianças e adolescentes. Além dessas restrições, também é possível admitir “exigências positivas”⁷⁵ que condicionem a conformação da programação a diretivas de pluralização e valorização cultural⁷⁶.

Direitos de informação: dentro do conjunto de liberdades de comunicação também estão os direitos de informação, que são voltados para a proteção do indivíduo enquanto receptor de mensagens. As referências mais comuns a essa categoria de garantias relacionadas à liberdade de expressão são o direito de acesso à informação (ou direito a ser informado) e o direito a se informar. Enquanto este último equivale ao livre franqueamento às fontes originárias das notícias, o primeiro se refere ao direito fundamental do cidadão de ser informado sobre os assuntos de transcendência pública e interesse geral que estejam em debate na esfera pública.

Ambos os direitos citados se referem à ampliação da autonomia pública e privada do indivíduo nos processos de formação de preferências⁷⁷, o que os torna cruciais para a participação legítima dos cidadãos no debate público. Essa importância é destacada por Carlos Roberto Siqueira Castro, para quem

O direito à informação, que compreende de modo amplo o direito a ser informado e a ter acesso às informações necessárias ou desejadas para a formação do conhecimento, constitui por certo, juntamente com o direito à vida, a mais fundamental das prerrogativas humanas, na medida em que o saber determina o entendimento e as opções da consciência, o que distingue os seres inteligentes de todas as demais espécies que exercitam o dom da vida. Trata-se, também, do pré-requisito mais essencial ao regime democrático, sabido que os indivíduos, e, sobretudo, um povo desinformado e destituído da capacidade de crítica para avaliar o processo social e político, acham-se proscritos das condições da cidadania que dão impulso aos destinos das nações.⁷⁸

Ainda, há que se destacar o entendimento de Edilson Farias, no sentido de que esses direitos não se referem a “qualquer” informação, mas sim, a uma informação correta e verdadeira, produzida com cautela e honestidade, bem como pluralista, porquanto proveniente do acesso às diversas fontes⁷⁹.

É possível identificar no rol descrito acima diferentes possíveis titulares das garantias relatadas; enquanto algumas parecem ser mais voltadas aos veículos de comunicação (como, por exemplo, a liberdade de imprensa), outras se dirigem mais à coletividade como um todo

⁷⁵ CANOTILHO, 2003, p. 35.

⁷⁶ Conforme será explorado na Parte IV deste trabalho.

⁷⁷ MACHADO, 2002, p. 475-476.

⁷⁸ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005..

⁷⁹ FARIAS, 2004, p. 90.

(como, por exemplo, os direitos de informação), ou à proteção de garantias individuais. Ainda que seja possível fazer esta co-relação, é fato que todos os agentes envolvidos no debate público se aproveitam de todos esses conteúdos, de forma que o tratamento dado a eles só pode ser feito em conjunto, como vários componentes indissociáveis e necessários à plena consagração do direito fundamental à liberdade de expressão.

2.2.2 Dimensões subjetiva e objetiva da liberdade de expressão e as teorias libertária e democrática sobre sua proteção

A proteção do direito fundamental à liberdade de expressão pode ser justificada a partir de duas perspectivas diferentes: (i) como um direito subjetivo do indivíduo de expressar-se sem interferências externas e (ii) como um direito coletivo dos indivíduos, enquanto receptores da informação, de ter acesso à mesma de uma forma livre, idônea e plural, que permita a sua participação informada no debate público. Trata-se de duas dimensões de um mesmo direito, que ora serão referidas, respectivamente, como as dimensões *subjetiva e objetiva*⁸⁰.

As duas dimensões da liberdade de expressão são bem ilustradas pela lição de Konrad Hesse, segundo a qual essas liberdades:

[...] são, por um lado, direitos subjetivos, e, precisamente, tanto no sentido de direitos de defesa, como no de direitos de cooperação política; por outro, elas são prescrições de competência negativa e elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica. Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos ‘meios de comunicação de massa’ modernos, imprensa, rádio e filme, a opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como ‘formação preliminar da vontade política’, não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não pode acontecer.⁸¹

A dimensão subjetiva é aquela referente ao direito moral subjetivo do indivíduo

⁸⁰ Na verdade, as classificações da doutrina sobre as dimensões da liberdade de expressão podem variar entre as nomenclaturas subjetiva/objetiva (utilizada, por exemplo, por Edilson Pereira de Farias na obra **Liberdade de Expressão e Comunicação**, obra citada) e substantiva/instrumental (como utiliza Paulo Murillo Calazans, em *A Liberdade de Expressão como Expressão da Liberdade*, obra citada), sendo que na maior parte dos casos a dimensão subjetiva corresponde à substantiva e a objetiva corresponde à instrumental. Neste trabalho, optou-se pela primeira nomenclatura, por entender que a equivalência entre a dimensão objetiva e da liberdade de expressão e a sua instrumentalidade não é absoluta, já que é possível identificar na dimensão objetiva a proteção de valores que são fins em si mesmos (como, por ex., o acesso à informação idônea e plural), além, é claro, de fundamentais à consecução de outros fins. Entretanto, não há dúvidas de que a sua instrumentalidade decorre da dimensão objetiva. Desta forma, a instrumentalidade da liberdade de expressão será tratada separadamente, na próxima seção, atendo-nos à sua importância para a consecução do processo democrático, e da doutrina da posição preferencial, que a ela se relaciona.

⁸¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998 p. 5.

emissor da informação de difundir suas idéias e pensamentos sem obstrução de qualquer natureza, mas principalmente por parte dos poderes estatais. Nesta perspectiva, a liberdade de expressão é um direito individual do cidadão, que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana como uma prerrogativa da condição moral de cada homem de manifestar sua identidade perante a coletividade e realizar sua autonomia individual. Conforme ensina Daniel Sarmiento,

A possibilidade de cada um de exprimir as próprias idéias e concepções, de divulgar suas obras artísticas, científicas ou literárias, de comunicar o que pensa e o que sente, é dimensão essencial da dignidade humana. Quando se priva alguém destas faculdades, restringe-se a capacidade de realizar-se como ser humano e de perseguir na vida os projetos e objetivos que escolheu. Trata-se de uma das mais graves violações à autonomia individual que se pode conceber, uma vez que nossa capacidade de comunicação – nossa aptidão e vontade de exprimir de qualquer maneira o que pensamos, o que sentimos e o que somos – representa uma das mais relevantes dimensões de nossa própria humanidade.⁸²

Desta forma, a dimensão subjetiva da liberdade de expressão também pode ser identificada como uma dimensão “negativa”, de defesa contra interferências estaduais e de terceiros, cabendo aos poderes públicos assegurar a sua concretização. Isto se dá, principalmente, através de um dever de abstenção por parte do estado, por meio do qual se garante um perímetro de liberdade ao titular do direito, que o Estado, somente excepcionalmente, e de acordo com um conjunto apertado de pressupostos materiais, formais e metódicos, pode vulnerar.⁸³

Por sua vez, a dimensão objetiva aborda a liberdade de expressão como um direito da coletividade, enquanto receptora de mensagens, de ter acesso à informação de uma forma livre, idônea e plural. Em última instância, o bem que se preserva é a esfera pública de debate necessária ao funcionamento legítimo do estado democrático.

Cabe notar que esta perspectiva decorre do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que geralmente é associado ao precedente do Tribunal Constitucional

⁸² SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “*Hate Speech*”. In: **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010. p. 242. No mesmo sentido, André Ramos Tavares afirma que “a presente dimensão diz respeito à auto-determinação do indivíduo, sensivelmente conectada com a dignidade da pessoa humana. Isso porque ao permitir que o indivíduo exteriorize suas sensações, seus sentimentos ou sua criatividade, bem como suas emoções, ou que, ainda, capte experiências, idéias e opiniões emitidas por outrem, estar-se-á possibilitando que obtenha, que forme sua autonomia, que seja um ente único na coletividade, alcançando, dessa forma, um sentido em sua vida, o que perfaz, inexoravelmente, uma ‘tarefa eminentemente pessoal’ – em conformidade com a máxima protagórica de que o Homem, atomisticamente, é a medida de todas as coisas.” TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação, Limitações quanto ao seu Exercício e Possibilidade de Regulamentação. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**, 3. ed. São Paulo: Editoria JusPodivm, 2008. p. 245-260. p. 250-251.

⁸³ MACHADO, 2002, p. 379.

Alemão conhecido como “caso *Lüth*”⁸⁴. Foi quando esta Corte consignou o entendimento de que os direitos fundamentais não apenas configuram direitos subjetivos do indivíduo, mas também constituem “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição”⁸⁵, cujo conteúdo deve se irradiar por todo ordenamento jurídico, orientando não apenas as atividades dos poderes públicos, mas também a aplicação do direito no âmbito das relações entre particulares.

Sob a orientação de sua dimensão objetiva, a liberdade de expressão assume papel de pressuposto ao funcionamento da democracia, associando-se a ela tanto uma função instrumental de realização do debate público e um conteúdo substantivo relativo aos direitos de acesso os meios de comunicação social e de acesso à informação de forma livre e plural. Aqui, o pluralismo aparece como um requisito derivado da dimensão objetiva da liberdade de expressão.

Conforme bem destacou Edilson de Farias, “a multiplicidade de vozes na esfera pública é um dos objetivos colimados com a configuração jurídica da liberdade de expressão e comunicação”.⁸⁶ A diversidade é uma característica indispensável à circulação de informações, pois é através dela que se entra em contato com inúmeras concepções políticas, ideológicas e filosóficas. Além do que, observar a pluralidade de uma determinada esfera de debate é constatar que os indivíduos, em grupo ou não, estão se manifestando, valendo-se das prerrogativas protegidas pela dimensão subjetiva da liberdade de expressão.

Diante destas duas dimensões, a preservação da liberdade de expressão pode ser associada tanto ao exercício da autonomia pública dos indivíduos (uma vez que ela promove a construção da consciência cívica da cidadania e sua participação política), quanto ao exercício da sua autonomia privada (já que proteger a expressão garante o desenvolvimento subjetivo de cada um, necessário à construção da auto-estima e da capacidade individual de se posicionar e interagir perante o corpo social).

Apesar do tratamento teórico dicotômico que se dá a estas duas facetas, elas são indissociáveis, de forma que a verdadeira preservação deste direito acontece, ora através de uma postura estatal absenteísta, ora através de medidas ativistas que promovam a liberdade de expressão. É a este sentido de complementaridade entre as duas dimensões que Owen Fiss se

⁸⁴ BverfGE 7, 198/204. Segundo Daniel Sarmento, “[...] talvez a grande contribuição da dogmática germânica para o enriquecimento da liberdade de expressão tenha sido o reconhecimento da dimensão objetiva deste direito e da sua aptidão de gerar também obrigações positivas para os poderes públicos.” SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado*. In: Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pág. 274.

⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo** - Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização”, cap. VI. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 74.

⁸⁶ FARIAS, 2004, p. 79.

refere ao sustentar que

a liberdade natural [dimensão subjetiva] não é antitética à liberdade política [dimensão objetiva]. A realização mais notável da idéia de liberdade política jaz na sua capacidade de permitir, ou até mesmo obrigar o Estado a intervir. Bem entendida, a liberdade natural não é um limite a essa intervenção, dado que o seu propósito público é notório. Indo mais longe, é possível identificar entre as decisões da Corte [Suprema Corte Estadunidense] da última parte do século XX uma categoria de casos nos quais a liberdade natural e política se complementavam mutuamente. Isto ocorreu a cada vez que a liberdade política foi utilizada, na mesma forma em que no caso “Sullivan”, para impor limites à autoridade estatal com a finalidade de assegurar um debate público robusto.⁸⁷

Entretanto, dado que, na maior parte dos casos, há necessidade de duas posturas estatais antagônicas para proteger um mesmo direito, muitas vezes as duas dimensões da liberdade de expressão são tratadas de uma forma “autônoma”, como se fossem direitos fundamentais distintos que entram em colisão. Foi a partir desta diferença entre as duas dimensões que a doutrina norte-americana desenvolveu duas concepções teóricas a respeito da proteção à liberdade de expressão: uma de natureza *libertária* e outra de natureza *democrática* ou *ativista*⁸⁸.

Segundo a teoria libertária, construída a partir da dimensão subjetiva da liberdade de expressão, em sendo este direito uma faculdade decorrente da autonomia privada de cada indivíduo, sua proteção demandaria do Estado uma postura de abstenção. Segundo Gustavo Binbenojm,

[...] a teoria libertária, centrada na figura do autor da mensagem, seja ele um artista, escritor, jornalista ou qualquer outro sujeito que realize atividade expressiva de idéias; tal teoria prega que as garantias da Primeira Emenda visam a proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem

⁸⁷ FISS, Owen. **Democracia y Disenso**. Una Teoría de La Libertad de Expresión. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010. p. 46. No original: “[...] la libertad natural no es antitética a la libertad política. El logro más notable de la Idea de libertad natural no es un límite a tal intervención, dado que su propósito público es manifesto. Yendo aún más lejos, es posible discernir entre las decisiones de la Corte de la última parte del siglo XX una categoría de casos en los cuales la libertad natural y la política se complementan mutuamente. Este ocurrió cada vez que la libertad política se fue utilizada, en la misma tradición que el precedente “Sullivan”, para imponer límites a la autoridad estatal con el fin de asegurar un debate público robusto.” Sobre o mencionado caso *New York Times vs Sullivan*, trazemos o esclarecimento do mesmo autor, em obra distinta: “Naquele caso, a Suprema Corte interpretou a Primeira Emenda conferindo-lhe o significado de que a imprensa não pode ser criminalmente processada por difamar o Estado como entidade abstrata. A Corte também limitou o poder de oficiais públicos de receber indenizações em ações por difamação, decidindo que oficiais públicos não podem ser indenizados por afirmações falsas sobre o desempenho de suas atividades, a menos que eles provem que aquelas afirmações foram publicadas com conhecimento ou grave negligência sobre sua falsidade.” FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão** – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Caio Mário Pereira da Silva Neto e Gustavo Binbenojm. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 100.

⁸⁸ A nomenclatura “ativista” é empregada por Daniel Sarmiento. Segundo o autor, a preferência por este termo para caracterizar a corrente que aceita intervenções estatais neste âmbito se dá em razão haver adeptos da teoria libertária que entendem que esta está a serviço da democracia, e não em oposição antagônica à mesma. SARMENTO, 2010, p. 267. Sobre o desenvolvimento de ambas as teorias no direito americano, vide também BINENBOJM, Gustavo. **Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa** – As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 05 out. 2009.

referências externas. Aqui a liberdade de expressão se identifica como uma dimensão chamada liberdade dos modernos, para usar a expressão cunhada por Benjamin Constant, vista como uma emanção da personalidade individual da intervenção estatal.⁸⁹

Nesta perspectiva, o poder público figura como inimigo da liberdade de expressão, de forma que seria mais benéfico à democracia o estabelecimento de um regime livre de qualquer intervenção, apesar das possíveis contingências decorrentes de “falhas no mercado”.

O conceito de “falhas de mercado” será tratado na seção 3.2 infra; por ora, esclarece-se que a referência se dá pelo fato de que, em qualquer setor da economia, a ausência de interferência estatal deixa o arranjo das relações políticas e econômicas a cargo dos próprios agentes do setor em questão. E, naturalmente, estes agentes exercem suas atividades movidos por seus interesses particulares. Em se tratando do mercado de comunicação social, esta lógica libertária pode conduzir a uma hegemonia dos grandes grupos econômicos, cujas empresas de mídia passam a dominar alta parcela do espaço público de debate. Neste contexto, estas empresas poderiam promover a divulgação das informações condizentes com uma determinada ideologia – que, dificilmente, irá refletir a pluralidade de informações e entendimentos necessária à construção de um debate político saudável.

Esta construção é o ponto central da teoria *democrática* ou *ativista*, que prioriza a proteção das condições para que o acesso à informação se dê de forma plural e idônea para a coletividade, o que pode exigir por parte do Estado uma postura intervencionista sobre o setor. Desta feita, o Estado assume o papel de protetor da liberdade de expressão, sendo o responsável por implementar mecanismos que garantam a todos os cidadãos a possibilidade de exercício de sua autonomia pública através da participação no debate político. Para Daniel Sarmiento,

[...] [a linha ativista] aceita e às vezes até reclama a intervenção estatal na esfera comunicativa, visando a suprir e corrigir os desvios e as falhas mercadológicas, a fim de assegurar as condições para um debate público mais plural, do qual também possam participar aqueles que, por falta de dinheiro ou de poder, não conseguiriam se fazer ouvir num sistema baseado exclusivamente no mercado.⁹⁰

A exigência de uma postura ativista por parte do Estado traz um contraponto a ser considerado, já que o poder público também é um agente do mercado de comunicação social. Poderia, então, controlar o conteúdo veiculado no espaço público de acordo com seus interesses, e ainda, desvirtuar os princípios que justificam sua intervenção a fim de promover a censura das vozes que se apresentarem divergentes em relação aos mesmos.

Conforme destaca Owen Fiss, é necessário estarmos cientes de que o discurso público

⁸⁹ BINENBOJM, Op. cit., p. 04.

⁹⁰ SARMENTO, 2010, p. 267.

pode ser restrito tanto pelo governo quanto por demais instituições sociais, públicas e privadas, e principalmente, pelos agentes do mercado⁹¹. As empresas privadas de comunicação social são livres de controle econômico pelo Estado, mas não deixam de ser constrangidas pela estrutura econômica na qual estão inseridas. Ou seja, como todas as outras empresas privadas, e independente do quão comprometidas sejam em relação às suas funções constitucionais, é o objetivo de lucro que conduz as suas atividades. Isto posto, é possível verificar a distorção do papel constitucional da imprensa em função dos interesses do mercado; sempre haverá o perigo da informação veiculada refletir o interesse político do grupo econômico ao qual o veículo de comunicação pertence. Também podem influenciar na atividade editorial os interesses das empresas anunciantes de propaganda, que são responsáveis por grande parte da receita destas empresas (quando não por toda ela, como no caso da radiodifusão de sons e imagens brasileira). Ou, ainda, mesmo sem o dolo de privilegiar uma determinada ideologia, é possível que se deixe de veicular determinado conteúdo que, apesar de relevante para o fomento do debate, não teria o apelo necessário à geração de lucro⁹².

A adoção desta teoria ativista de proteção da liberdade de expressão foi importante na experiência estadunidense, onde a atual consagração da teoria libertária, que vem levando a idéia de não intervenção às últimas conseqüências, foi precedida pela doutrina conhecida como *fairness doctrine*⁹³.

A *fairness doctrine* foi formalizada pela Federal Communications Commission - FCC (“Comissão Federal das Comunicações”) em meados dos anos 50, a partir da sua preocupação em promover a imparcialidade e a variedade de pontos de vista nas coberturas de natureza jornalística. Sua implementação se deu através da implementação de duas políticas públicas principais, quais sejam, (i) a exigência de que as empresas radiodifusoras cobrissem aquelas

⁹¹ “[...] não há razão para presumir que o estado será mais propenso a exercer o seu poder de distorcer o debate público do que qualquer outra instituição. Ele não tem qualquer incentivo para fazê-lo; os oficiais do governo gostam de preservar suas posições e os sistema que os colocou no poder, mas o mesmo pode ser dito dos donos e administradores das chamadas empresas privadas, que podem usar seu poder para se proteger e aos oficiais do governo que servirem aos seus interesses.” No original: “[...] there is no reason to for presuming that the state will be more likely to exercise its power to distort public debate then would any other institution. It has no special incentive to do so; government officials like to preserve their position and the system that brought them to power, but the same can be said of the owners and managers of so-called private enterprises, who might well use their power to protect themselves and those government officials who serve their interests.” FISS, Owen. *Why the State?* In: Harvard Law Review, **Faculty Scholarship Series**. Cambridge: Harvard Press University, 1987., p. 787.

⁹² FISS, 2005, p. 102.

⁹³ Sobre a implementação, evolução e derrocada da *fairness doctrine* são fundamentais as leituras de BINENBOJM, Gustavo. **Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa – As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 05 out. 2009 e SARMENTO, 2010, p. 263-308.

matérias que tivessem grande importância para o debate público e de que (ii) dentre essas questões, aquelas que fossem controversas deveriam ser abordadas de forma que fossem apresentados os diferentes pontos de vista envolvidos⁹⁴.

A Suprema Corte Americana chegou a cancelar a constitucionalidade da *fairness doctrine* no julgamento do caso *Red Lion Broadcasting Co. vs Federal Communications Commission*⁹⁵, onde aquela empresa alegava a restrição ao direito das radiodifusoras de veicular em sua programação o conteúdo que bem desejassem. Segundo a Corte, o interesse apresentado pelo Estado de garantir que o público fosse informado corretamente sobre questões de relevante importância justificativa a intervenção regulatória⁹⁶ - principalmente se considerada a escassez do espectro utilizado pelas radiodifusoras, que as tornaria agentes fiduciários da sociedade em geral. Gustavo Binembojm oferece síntese esclarecedora sobre os fundamentos da decisão:

Acolhendo em larga medida a teoria democrática da Primeira Emenda, a Corte declarou, unanimemente, que o direito do público de receber informação não censurada e balanceada deve prevalecer sobre o direito das emissoras de rádio e televisão de reinar livremente sobre o conteúdo que veiculam.⁹⁷ Ademais, frisou a Corte, “as emissoras são agentes fiduciários do público, com obrigações de apresentar as visões e vozes representativas da comunidade e que seriam de outra forma excluídos das ondas de rádio e TV. Um outro fundamento do acórdão foi também a circunstância fática de as emissoras serem concessionárias de frequências sonoras ou de sons e imagens não disponíveis ao público em geral. A escassez física das frequências justificaria a concessão a um número restrito de empresas; em contrapartida, todavia, determinadas obrigações deveriam ser assumidas pelos concessionários em benefício do conjunto da sociedade.⁹⁸

Apesar de conduzida pela FCC e até pela legislação de alguns Estados, a *fairness doctrine* continuou sendo objeto de questionamento e debate, sendo que o primeiro sintoma de seu enfraquecimento foi o caso *Miami Herald Co. vs. Tornillo*⁹⁹. Neste julgamento, a Suprema Corte tratou a matéria de forma diametralmente oposta ao entendimento consignado no caso *Red Lion*, considerando inconstitucional uma lei do Estado da Califórnia que assegurava o direito de resposta de candidatos que tivessem sido pessoalmente atacados ou cujos antecedentes houvessem sido criticados por jornais e outros periódicos impressos. A conclusão da Corte foi no sentido de que a previsão legal interferia a tal ponto na autonomia editorial do jornal que violava a Primeira Emenda.¹⁰⁰

A partir daí, instalou-se um razoável grau de incerteza sobre o entendimento da

⁹⁴ CARTER, T. Barton; FRANKLIN, Marc A.; WRIGHT, Jay B. **The First Amendment and the Fifth Estate** – Regulation of Electronic Mass Media. 7. ed.. New York: Foundation Press, 2008 p. 183.

⁹⁵ 395 U.S. 367 (1969).

⁹⁶ FISS, 2005, p. 108.

⁹⁷ 395 U.S. 367, 390 (1969)

⁹⁸ BINENBOJM, 2009, p. 9.

⁹⁹ 418 U.S. 241 (1974)

¹⁰⁰ BINENBOJM, op. cit., p. 10.

Suprema Corte Americana sobre a constitucionalidade da *fairness doctrine*, que politicamente foi acompanhado pelo que Daniel Sarmento chamou de “ascensão ao poder da ideologia neoliberal, avessa à regulação estatal do setor privado”, a partir da eleição de Ronald Reagan¹⁰¹. Depois de sofrer mais questionamentos judiciais e até algum grau de temperamento pela própria FCC, a *fairness doctrine* acabou sendo revogada por esta Comissão em 1987, com a chancela do então Presidente Reagan, que vetou Projeto de Lei aprovado pelo Congresso que reinstituía a doutrina.

Hoje, é possível dizer que o direito americano é adepto da teoria libertária sobre a proteção da liberdade de expressão pelo Estado, onde a intervenção regulatória é entendida como uma restrição à dimensão subjetiva, e não um catalisador da realização da dimensão objetiva.

Em oposição ao modelo americano, temos a experiência alemã, onde prepondera sobre a vertente subjetiva da liberdade de expressão o seu viés de instrumento de formação da opinião pública e de participação no processo democrático. Sem se descartar a preocupação com o perigo do Estado se aproveitar da justificativa interventiva para restringir o discurso, e partindo da dimensão objetiva do direito à liberdade de expressão, foi desenvolvida pela jurisprudência alemã a concepção de que este direito também gera a obrigação de prestações positivas pelo Estado, principalmente no tocante à inclusão e promoção de pluralismo nos veículos de imprensa.¹⁰² Trata-se do tratamento empírico de uma construção teórica da doutrina germânica sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conforme ensina Daniel Sarmento:

A idéia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, desenvolvida no Direito Constitucional alemão a partir do julgamento do caso *Lüth*, parte da premissa de que, além de direitos subjetivos, os direitos fundamentais encarnam os valores mais relevantes da comunidade, que devem irradiar-se pelo ordenamento jurídico, condicionando e inspirando a interpretação e a aplicação de todo o Direito. Segundo esta concepção, os direitos fundamentais não só limitam, mas também devem impulsionar e orientar a ação de todos os poderes do Estado. Sob esta nova perspectiva, os poderes públicos têm não apenas o dever de absterem-se de violar estes direitos, mas também a obrigação de promovê-los concretamente, e de garanti-los diante de ameaças decorrentes da ação de particulares e de grupos privados.¹⁰³

Conforme será consignado em breve, a análise da Constituição Brasileira revela que seu texto resguardou as duas dimensões da liberdade de expressão. Antes desta exposição, cabe explorar a instrumentalidade deste direito para a democracia, como desdobramento de

¹⁰¹ SARMENTO, 2010, p. 270.

¹⁰² “[...] desde a década de 60, a Corte Constitucional alemã tem proferido diversas decisões enfatizando o dever do Estado no sentido de assegurar o pluralismo comunicativo no campo da mídia eletrônica.” SARMENTO, 2010, p. 263-308.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 274-275.

sua dimensão objetiva.

2.2.3 Liberdade de expressão, democracia e a doutrina da posição preferencial

Ressalvados os entendimentos em sentido contrário¹⁰⁴, a relação da liberdade de expressão com o Estado Democrático de Direito é intuitiva, uma vez que a própria idéia de um regime de governo onde as decisões são tomadas com base na vontade popular pressupõe a condição de se expressar e debater as idéias que formam esta vontade. Temos aqui uma relação de duas vias, uma vez que é possível afirmar tanto que (i) o preceito referido é instrumento de manutenção e operacionalização da democracia, quanto que (ii) o surgimento de Estado Democrático de Direito foi fundamental para a consagração e o fortalecimento do mesmo.

No tocante à fundamentação que o processo de democratização do Estado Liberal deu, não apenas à liberdade de expressão, mas às liberdades individuais como um todo, cabe a lição de José Carlos Vieira de Andrade¹⁰⁵, ao tratar da evolução histórica dos direitos fundamentais. Sabe-se que, num primeiro momento, os direitos fundamentais eram entendidos como aqueles que refletiam as liberdades e garantias individuais de cada um, sendo pensados, em regra, na forma dos preceitos que visavam garantir a liberdade, a segurança (no sentido de pressuposto da liberdade de cada um) e a propriedade. Convencionou-se chamar estas liberdades e garantias que fundamentavam e guiavam o Estado Liberal de direitos fundamentais de primeira geração, e dentre eles estariam a liberdade religiosa, a liberdade de associação, o direito de ir e vir e a liberdade de expressão. Por sua vez, os direitos de segunda geração seriam aqueles cujo surgimento foi fruto do processo de democratização, a partir de quando também se tornou objetivo do Estado garantir a participação dos cidadãos no processo político de tomada decisões. São aqueles chamados de “direitos políticos”, cuja expressão máxima se dá no direito a voto e no direito de ser eleito. É nesse contexto que o autor supracitado faz a contribuição aqui espelhada, no sentido de que,

¹⁰⁴ MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49-62.. Para o autor, não necessariamente há um nexo de causalidade entre as concepções de democracia e liberdade de expressão: “Talvez o fato de se ter liberdade de expressão melhore as perspectivas para uma democracia segura; talvez o fato de se ter democracia melhore as perspectivas para uma liberdade de expressão segura. Mas talvez – como faremos notar – relações opostas algumas vezes também se estabelecem. Talvez a liberdade de expressão às vezes gere perigos para a democracia. É possível, por outro lado, que a democracia algumas vezes ponha em risco a liberdade de expressão.” (p. 50).

¹⁰⁵ ANDRADE, 2007.

apesar das liberdades individuais (dentre elas, a liberdade de expressão) serem considerados direitos de primeira geração, ou seja, anteriores ao processo de democratização, foi a partir deste último que elas encontraram maior efetivação e abrangência. Segundo o autor,

Iluminados mais intensamente pela idéia de igualdade, as liberdades expandem-se à medida que se esbatem as diferenças de poder. Assim, por exemplo, as liberdades das minorias, em especial a liberdade religiosa e a liberdade de associação, só foram perfeitamente conseguidas com a afirmação democrática; no mesmo sentido, também se pode interpretar a remoção dos obstáculos jurídicos patrimoniais que tornavam liberdade de imprensa um privilégio dos ricos. A luta contra a discriminação e o arbítrio generaliza-se e o princípio da igualdade impõe-se como princípio geral regulador de toda a matéria dos direitos fundamentais. [...] E também as liberdades de informação, de expressão e de manifestação aparecem agora como direitos do homem-massa, valorizando-se relativamente às liberdades de opinião e de reunião típicas do homem liberal.¹⁰⁶

Desta forma, não obstante a doutrina recorrentemente associar o surgimento do direito à liberdade de expressão à garantia de sua dimensão subjetiva¹⁰⁷, no âmbito do Estado Liberal, é possível afirmar que, ao mesmo tempo em que o processo de democratização situou a importância substancial da garantia de liberdade de expressão, ele também permitiu a sua abrangência. A liberdade de expressão não era mais vista apenas como uma garantia de se expressar, mas também um direito de todo e qualquer cidadão de se informar e dispor de todos os instrumentos necessários à formação da sua opinião. Norberto Bobbio também constatou esta interdependência entre os preceitos priorizados pelo Estado Liberal e pelo Estado Democrático, em valiosa lição que destacada a seguir:

[...] o Estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado democrático. Estado Liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um Estado não-liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte, é pouco provável que um Estado não-democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que o Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos.¹⁰⁸

A concepção instrumental sobre a liberdade de expressão ganha abrangência à luz das teorias modernas sobre o regime democrático abordadas na Seção 1.1 supra, que apregoam o exercício de autodeterminação popular através de um debate público onde os participantes

¹⁰⁶ Nesse sentido: ANDRADE, *Ibid.*, p. 55.

¹⁰⁷ Segundo Paulo Murillo Callazans, esse é o sentido original que teria inspirado a inclusão deste direito no rol de proteção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “[...] os direitos de expressão, de participação política e de manifestação do pensamento, antes de uma virtude cívica, eram vistos como liberdades inerentes ao homem como indivíduo dotado de direitos inalienáveis e vinculados à sua própria existência. [...] Aqui, novamente, a liberdade de expressão se apresenta como a própria expressão da liberdade do homem; todavia, não porque fosse um cidadão-membro da polis, mas porque é um indivíduo dotado de direitos naturais ínsitos à existência humana.” CALLAZANS, 2003, p. 82.

¹⁰⁸ BOBBIO, 2006, p. 33.

deliberam sobre a matéria de interesse comum, podendo defender e rever suas posições pessoais quando estas forem confrontadas com os argumentos dos outros. Ou seja, o resultado da deliberação política será o resultado de um diálogo. Nesse sentido, a proteção da liberdade de expressão dos indivíduos deve ser entendida como uma condição instrumental ao funcionamento do regime em seus moldes precípuos.

Conforme aponta Paulo Murillo Calazans,

Há uma exigência intrínseca ao processo democrático de formação de vontade e produção decisória que é o permanente intercâmbio de informações entre os membros da comunidade política, com o fito de permitir a constante reavaliação das diversas percepções e pontos de vista acerca dos assuntos postos em pauta na discussão política e, da mesma forma, contribuir para que as decisões afinal tomadas estejam revestidas do mínimo de fundamentação racional que se espera de decisões que irão afetar a vida de todos aqueles que, direta ou indiretamente, participam da comunidade.¹⁰⁹

Owen Fiss também identifica esta interpretação funcional da “Primeira Emenda” estadunidense, segundo a qual a liberdade de expressão é um instrumento da democracia. A discussão livre e aberta dos assuntos públicos seria uma condição essencial para o exercício do poder de autogoverno de uma maneira inteligente e reflexiva. Caberia a ela proteger “o direito dos indivíduos de participar no debate público – de expressar seus pontos de vista livremente – com a finalidade de manter e fortalecer o seu poder de autodeterminação”.¹¹⁰

Dada a importância da preservação da liberdade de expressão para a manutenção de um regime democrático, há quem sustente que este direito fundamental ocupa lugar privilegiado dentre o rol de direitos constitucionalmente protegidos, defendendo a doutrina da *posição preferencial*.

A doutrina da *posição preferencial* foi desenvolvida, a princípio, pela jurisprudência estadunidense¹¹¹, vindo a ser adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e por países como Alemanha e Espanha¹¹². A sua principal implicação teórica é a de que, diante de uma situação de colisão de preceitos constitucionais que envolvam a liberdade de expressão e quaisquer outros direitos fundamentais, aquela deveria prevalecer, basicamente por dois motivos.

O primeiro se baseia em um argumento de que a preservação da liberdade de

¹⁰⁹ CALAZANS, 2003, p. 84.

¹¹⁰ FISS, 2010, p. 28. No original: “Bajo esta teoria, la Primera Enmienda protege el derecho de los individuos de participar en el debate público –de expresar sus puntos de vista libremente – con el fin de mantener y fortalecer el poder de autodeterminación colectiva.”

¹¹¹ Sobre o surgimento e desenvolvimento da doutrina da posição preferencial nos Estados Unidos, vide SCHREIBER, Simone. Liberdade de expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007..

¹¹² SCHREIBER, 2007, p. 246-252.

expressão deveria prevalecer porque, sem ela, mal se pode debater sobre a preservação ou não dos demais direitos, e até da própria liberdade de expressão. Sendo certo que até os valores supremos da dignidade da pessoa humana dependem da garantia de uma possível construção argumentativa entre os indivíduos para que se institucionalize a sua proteção, a atribuição de uma posição preferencial à liberdade de expressão garantiria, também, a preservação dos demais direitos e garantias fundamentais¹¹³.

De acordo com Simone Schreiber, o segundo e igualmente importante argumento que embasa a doutrina da posição preferencial ressalta a relevância desse direito para a formação da opinião pública pluralista, instituição imprescindível ao regime democrático¹¹⁴. Nesse caso, o privilégio da liberdade de expressão sobre demais direitos e garantias fundamentais se justificaria diante da importância, substantiva e procedimental, que a liberdade de expressão tem na formação da vontade popular.

Na doutrina brasileira, Luís Roberto Barroso já se posicionou a favor da doutrina da posição preferencial, nos seguintes termos:

[...] entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação as direitos fundamentais individualmente considerados. [...] Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que seja [im?]possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a idéia de ponderação.¹¹⁵

De fato, a relação entre liberdade de expressão e democracia é incontestável, podendo até originar esse entendimento sobre uma posição preferencial frente aos outros direitos. Para finalizar a análise sobre o direito à liberdade de expressão, será abordado o seu tratamento pela Constituição Brasileira.

2.2.4 Liberdade de Expressão na ordem jurídica brasileira

O direito fundamental à liberdade de expressão integra a ordem jurídica brasileira

¹¹³ “[...] somente nos períodos em que se logrou alargar, em toda a sua plenitude, o exercício das faculdades subjetivas decorrentes da liberdade de expressão, ínsitas aos regimes democráticos, é que se conseguiu, pela via da construção argumentativa na esfera pública, assegurar níveis máximos de proteção a demais valores supremos e inderrogáveis para a sociedade, tais quais a proteção à vida e à dignidade humana.” CALAZANS, 2003, p. 71.

¹¹⁴ SCHREIBER, 2007, p. 250.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto.. Liberdade de Expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos. In: “**Temas de Direito Constitucional – tomo III**”. Rio de Janeiro: Renovar, 2005..

desde a promulgação da Constituição de 1824, que no art. 179, IV previa:

Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste Direito, nos casos e pela forma que a Lei determinar.¹¹⁶

Guardadas as devidas peculiaridades de texto, o preceito permaneceu dentre o rol das garantias fundamentais ao estado brasileiro, sendo que a sua última positivação antes da Carta de 1988 foi na de 1967, já promulgada durante o movimento militar iniciado em 1964. O texto publicado em 1967 rapidamente foi substituído pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Após esta Emenda, a redação do dispositivo que consagrava a livre manifestação do pensamento passou a vigorar com a ressalva sobre “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”:

§ 8º. É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes

Conforme ressalta Luís Roberto Barroso, a referência final à moral e aos bons costumes nada mais era do que um dos instrumentos positivados por aquele regime totalitário, que “trouxe o estigma da censura generalizada aos meios de comunicação”¹¹⁷. Desta forma, assim como o fez em relação aos demais setores da vida política e social, no campo da liberdade de expressão a Constituição de 1988 rompeu com este paradigma totalitário e opressor, ao estabelecer um regime jurídico para os meios de comunicação absolutamente avesso à censura e voltado para a proteção dos direitos de livre expressão dos cidadãos, enquanto manifestação e acesso à informação.

A matéria foi consignada nos incisos IV, IX e XIV do artigo 5º e no Capítulo V do Título VIII (“Da Comunicação Social”), que trata da garantia de ampla liberdade de expressão nos meios de comunicação social. Diante da interpretação destes dispositivos, resta claro que não poderia ter sido outro o intuito do constituinte, senão preservar o princípio da liberdade de

¹¹⁶ Segundo Luís Roberto Barroso, esta disposição da Constituição de 1824 constituía “ficção análoga à do princípio da igualdade perante a lei (art. 179, XIII), que conviveu com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata”. BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Liberdade de expressão e Classificação Indicativa. Invalidez da imposição de horários para exibição de programas televisivos.** RDE nº 11, 2008, p. 342.

¹¹⁷ “A referência final à moral e aos bons costumes não constava do Texto de 1967. A longa noite ditatorial, servindo-se de instrumentos legais como a Lei nº 5.250, de 9.02.67, e o Decreto-lei nº 236, de 28.08.67, bem como do voluntarismo discricionário de seus agentes, trouxe o estigma da censura generalizada aos meios de comunicação. Suprimiam-se matérias dos jornais diários, sujeitando-os a estamparem poesias, receitas culinárias ou espaços em branco. Diversos periódicos foram apreendidos após sua distribuição, tanto por razões políticas como em nome da moral e dos bons costumes.” BARROSO, 2008, p. 5.

expressão nas suas dimensões subjetiva e objetiva¹¹⁸.

Destaque-se, por exemplo, os incisos IV e IX do artigo 5º, bem como do caput do art. 220 e seus §§ 1º e 2º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

“IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

É possível identificar claramente nessas disposições a preocupação do legislador constituinte em garantir ao emissor da mensagem o amplo exercício do seu direito subjetivo de livre expressão (resguardadas as hipóteses de exceção aos casos previstos na redação do §1º do art. 220). São garantias de natureza evidentemente negativa, que demandam dos poderes públicos uma postura defensiva, que as proteja de quaisquer óbices externos ao seu exercício, conforme preceitua a *teoria libertária* acima descrita.

Isto posto, também é possível observar em outros dispositivos constitucionais o intuito de preservação da dimensão objetiva da liberdade de expressão. Principalmente, naqueles que refletem a preocupação do constituinte em preservar uma esfera pública de debate livre, acessível e plural, capaz de fornecer à coletividade os dados e informações necessários ao pleno exercício de sua cidadania. Nesse sentido, é fundamental apontar o comando do inciso XIV do art. 5º, segundo o qual “*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*”.

Reconhecendo a instrumentalidade da liberdade de expressão para o regime democrático que decorre de sua dimensão objetiva, o constituinte também consignou medidas que visam a garantir o pluralismo de fontes no mercado de comunicação social. É o caso da norma contida no art. 220, §5º, que veda expressamente que esses veículos sejam, direta ou

¹¹⁸ Ressalvado o entendimento em sentido contrário de Simone Schreiber: “A liberdade de expressão é indiscutivelmente um direito de acentuada importância, que na Constituição de 1988 tem preponderantemente dimensão negativa, ou seja, consagra um espaço da autonomia individual livre da ingerência estatal.” SCHREIBER, 2007, p. 217.

indiretamente, objeto de monopólio ou oligopólio, em notória defesa do pluralismo de fontes de informação e pontos de vista dentro deste mercado.

O mesmo intuito pode ser verificado na previsão do direito de resposta contida no inciso V do art. 5º, segundo o qual “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. A natureza do direito de resposta será abordada de maneira mais detalhada em seção dedicada exclusivamente aos mecanismos de promoção do pluralismo interno nos veículos de comunicação; por ora, basta esclarecer que ele é responsável não apenas pela compensação pessoal de ofendidos, mas também por oferecer pontos de vista diversos sobre as matérias em pauta no debate público.

Também se preocupa com a instrumentalidade do regime jurídico dos meios de comunicação social para a democracia a exigência contida no art. 222¹¹⁹, de que a propriedade e a responsabilidade editorial em empresas jornalísticas ou radiodifusoras sejam privativas de brasileiros natos. Trata-se de aspecto determinante para garantir que as informações circulem de forma idônea e voltada para a valorização da cultura nacional e da soberania estatal, mantendo a coletividade devidamente informada sobre os assuntos de relevância para o país.

Fica claro que a finalidade desses dispositivos é voltada para a dimensão objetiva da liberdade de expressão e para a concretização da sua função dentro da democracia, o que pode demandar uma postura estatal inspirada na *teoria democrática ou ativista*.

A partir da interpretação das disposições constitucionais que tratam da matéria, é possível concluir que a definição de um regime de regulação dos meios de comunicação social brasileiros deverá levar em consideração não somente os dispositivos supracitados, mas toda a sistemática de valores, princípios e direitos fundamentais que foi consagrada pelo poder constituinte. Ou seja, não bastasse o seu reflexo nas finalidades dos arts. 5º, V e 220, V, o pluralismo político resguardado no art. 1º, V também incide sobre o regime jurídico dos meios de comunicação como um dos desígnios constitucionais que devem ser observados

¹¹⁹ “Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. § 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. § 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social. § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. § 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º. § 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional”

neste processo de hermenêutica.

Temos então que, em relação aos meios de comunicação social, a Constituição Brasileira de 1988 demanda do poder público a adoção de uma postura regulatória que pode ser inspirada tanto pela *teoria libertária*, quanto pela *teoria democrática ou ativista*, sendo que é neste segundo caso que o nosso ordenamento jurídico ainda deixa a desejar.

Conforme aponta Paulo Murillo Calazans, existe um “déficit profundo”¹²⁰ na dogmática jurídica brasileira, que geralmente se limita a proclamar a defesa dos preceitos derivados da dimensão subjetiva, o que pode ser compreensivelmente associado ao trauma de uma cultura política que se caracterizou pela censura da expressão durante um longo período.

Entretanto, a necessidade de adoção, pela ordem jurídica brasileira, de uma postura baseada na teoria *ativista* ou *democrática*, já foi apontada pela doutrina de Gustavo Binbenojm. O autor defende a existência de uma “versão brasileira da *fairness doctrine*”, uma vez que o texto constitucional teria tentado, através de determinados dispositivos¹²¹, balancear o poder distorsivo das empresas de comunicação social sobre o discurso público. Para o autor,

[esses dispositivos] devem ser interpretados como intervenções pontuais que relativizam a liberdade de expressão em prol do fortalecimento do sistema de direitos fundamentais e da ordem democrática traçados em esboço na Constituição. No vértice de tal sistema se encontra a pessoa humana, como agente moral autônomo em suas esferas privada e pública, capaz de formular seus próprios juízos morais acerca da sua própria vida e do bem comum.¹²²

Com efeito, sendo certo que a Carta de 1988 rompeu com o regime político anterior consagrando o Estado Democrático de Direito Brasileiro, onde os direitos fundamentais ocupam posição central na ordem jurídica, passa a se demandar do poder público uma postura ativista na concretização desses direitos em sua plenitude. Não poderia fugir desta regra a consagração da liberdade de expressão, conforme ensina Daniel Sarmento:

para compreender o modelo constitucional brasileiro sobre liberdade de expressão, parece útil relacioná-lo com a concepção geral sobre direitos fundamentais subjacente à Carta de 1988. E não é preciso muito para esforço para notar que esta concepção é tudo menos libertária. Muito pelo contrário, ela parte da premissa de que as violações aos direitos fundamentais não são produzidas apenas pela ação do Estado, mas decorrem muitas vezes de sua inércia. A idéia básica é a de que, numa sociedade injusta e desigual, amarrar o Estado e confiar na mão invisível do mercado não é uma boa solução para garantia do respeito à dignidade humana dos mais fracos. Por isso, no sistema constitucional brasileiro, entende-se que o Estado tem obrigações positivas mesmo em relação aos direitos individuais clássicos, que não podem mais ser concebidos como simples direitos de defesa em face dos

¹²⁰ CALAZANS, Paulo Murillo. A liberdade de Expressão como Expressão da Liberdade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.) **Temas de Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 73.

¹²¹ Mais precisamente, aqueles que supracitamos como um reflexo da dimensão objetiva da liberdade de expressão no texto constitucional.

¹²² BINENBOJM, Gustavo. **Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa** – As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 05 out. 2009. p. 16

poderes públicos.¹²³

Ao tratar do papel regulatório da que a Carta Magna teria conferido ao Estado Brasileiro, Enrique Saravia também afirma a demanda constitucional por uma política regulatória sobre os meios de comunicação, que albergue tanto a dimensão subjetiva quanto a objetiva do direito à liberdade de expressão:

Mesmo que a Constituição Brasileira determine a aplicação imediata das normas que definem direitos e garantias fundamentais (art 5º, §1º), é necessário regulamentar as formas de exercício desses direitos, seus alcances e limites, e os eventuais conflitos entre esses direitos. É assim que surge o primeiro dever regulatório do Estado.¹²⁴

Não obstante o entendimento de que os mandamentos constitucionais ora enumerados permitem uma interpretação do direito à liberdade de expressão que albergue a intervenção regulatória do Estado para fins de promoção do pluralismo, não prejudica esclarecer que não se trata aqui da preponderância da dimensão objetiva da liberdade de expressão sobre a subjetiva.

Isto ficará mais claro quanto a atividade regulatória for tratada concretamente (na Parte 4 infra), mas cabe destacar que a proposta para a regulação do mercado de comunicação deve fugir de concepções extremas sobre abstenção ou intervenção estatal positiva. O entendimento ideal é aquele no sentido de que a Constituição Brasileira admite essas duas posturas possíveis, desde que elas sejam adotadas como o meio mais eficaz à consecução do direito à liberdade de expressão. Nesse sentido, devem ser repudiados quaisquer abusos por parte do Estado que, disfarçados de políticas públicas, possam representar a censura desses meios - sendo certo que nos casos em que estiver em jogo o cerceamento das liberdades em questão, os agentes privados sempre poderão se valer da tutela do poder judiciário.

Tendo estabelecido a interpretação da Constituição Federal no que toca à liberdade de expressão e ao regime jurídico dos meios de comunicação, cabe agora tratar do terceiro e último preceito constitucional que incide sobre a análise proposta neste estudo.

2.3 O dever de proporcionalidade.

Nesta última parte da abordagem constitucional, serão esclarecidas as principais características e implicações práticas da incidência do postulado da proporcionalidade, que deve guiar a implementação das políticas regulatórias de promoção do pluralismo nos meios

¹²³ SARMENTO, 2010, p. 290.

¹²⁴ SARAVIA, Enrique. O novo papel regulatório do Estado e suas conseqüências na mídia. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio de Matos e PIERANTI, Octavio Penna (org.). **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 64-65.

de comunicação (a serem abordadas na Parte 4 infra).

A atribuição de um dever de proporcionalidade aos poderes públicos pode ser entendida como uma decorrência do Estado Democrático de Direito, onde a diversidade de interesses, princípios e bens consagrados pela Constituição impede a proteção absoluta de todos eles nos casos concretos (principalmente naqueles em que há colisão com demais bens constitucionais), demandando a aplicação de medidas otimizadoras de sua consagração.

Gustavo Binimbojm entendeu nesse sentido ao tratar das colisões entre interesses públicos e interesses privados. O autor afirma que o Estado Democrático de Direito também pode ser entendido como um “Estado de Ponderação”, em que a correta interpretação do direito deve ser buscada no sistema constitucional e nas leis, “dentro do jogo de ponderações proporcionais envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade.”¹²⁵

Ademais, de acordo com Jane Reis, o conceito jurídico de proporcionalidade atua como critério de aferição da constitucionalidade das medidas restritivas de direitos, traduzindo uma estrutura de pensamento consistente em avaliar a correlação entre os fins visados e os meios empregados nos atos do Poder Público.¹²⁶

Diferenciando o postulado de outras acepções da idéia de proporção e restringindo a sua aplicabilidade, Humberto Ávila explica que a mesma só se justifica quando é possível identificar dois elementos, um meio e um fim, e uma relação de causalidade entre eles. Para o autor,

A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável.¹²⁷

A observação do dever de proporcionalidade por parte do poder público é essencial para a defesa que se faz neste trabalho. Primeiro, porque ele trata da conciliação entre a promoção de pluralismo e a preservação do direito fundamental à liberdade de expressão. Ainda que a própria liberdade de expressão, por sua dimensão objetiva, exija a utilização deste tipo de mecanismo para a sua plena efetivação, a preservação de sua dimensão subjetiva pode exigir um tipo de postura estatal diametralmente oposta, o que coloca a aplicabilidade deste direito numa posição análoga à de colisão entre princípios.

E, além disso, a idéia de regulação adequada, principalmente no caso do mercado de

¹²⁵ BINENBOJM, 2006. O conceito de Estado de Ponderação também foi abordado em TORRES, 2007, p. 495-497.

¹²⁶ REIS, Jane. Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 162.

¹²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112.

comunicação social, presume uma postura estatal ponderada e direcionada pela promoção da autonomia dos indivíduos, que pode demandar atuações estatais positivas ou negativas. Essa proposta só se concretiza se também forem considerados e sopesados todos os bens constitucionais envolvidos em cada caso, o que é feito através da utilização do exame de proporcionalidade.

Os esclarecimentos que se seguem sobre o dever de proporcionalidade serão especialmente valiosos na última seção do trabalho, em que serão propostos parâmetros de aplicabilidade dos meios de promoção do pluralismo em conformidade com os preceitos da Constituição Brasileira.

2.3.1 As três dimensões da proporcionalidade

Sobre o exame de proporcionalidade, é sabido que a aplicação que foi consagrada pela jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, e hoje adotada pelo direito brasileiro, é decomposta em três exames: o da adequação (ou idoneidade), o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Na lição de Humberto Ávila,

O exame de proporcionalidade se aplica sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso, devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).¹²⁸

A primeira fase deste exame trata da verificação sobre aptidão do meio que se pretende utilizar para atingir o fim em questão e ainda, sobre a legitimidade deste mesmo fim. Sendo certo que a própria estrutura do dever da proporcionalidade se baseia na verificação de causalidade entre meios e fins, cabe ao exame da adequação atestar que os meios que se pretende empregar são materialmente capazes de produzir os resultados pretendidos. Para Jane Reis, o exame em questão tem também a função de atestar que as finalidades buscadas são constitucionalmente legítimas:

A exigência de legitimidade constitucional dos fins visados pela medida que impõe a restrição é um componente lógico da própria idéia de idoneidade ou adequação. Com efeito, não há como cogitar do exame da aptidão de uma medida restritiva para o atendimento de um objetivo sem que tenha sido identificada qual finalidade é visada pela intervenção, bem como a sua compatibilidade com a Constituição.¹²⁹

Há que se observar a dificuldade de definição de um critério para medição da aptidão

¹²⁸ ÁVILA, 2005, p. 113.

¹²⁹ REIS, 2007, p. 169.

dos meios para concretização dos fins. Ele pode ser quantitativo (escolhendo-se o meio que mais atende ao fim), qualitativo (escolhendo-se o meio que melhor atende ao fim) e probabilístico (escolhendo-se o meio que mais certamente pode promover o fim)¹³⁰. Diante da dificuldade em harmonizar os três critérios dentro dos casos concretos (afinal, o meio que melhor atende o fim dificilmente será aquele que também é melhor e mais provável de atingi-lo), não é possível verificar um consenso na doutrina sobre a definição de um critério hermenêutico que supra as exigências impostas pelo exame de adequação.

Por sua vez, a verificação da necessidade (segunda fase do exame de proporcionalidade) exige que, dentre as várias medidas possíveis de serem adotadas, seja eleita aquela que seja menos lesiva para os direitos envolvidos no caso concreto. Ou seja, por força do subprincípio da necessidade, exige-se que o poder público se utilize do *meio menos gravoso* aos bens constitucionais em questão, e que seja capaz de atingir os objetivos visados. Na lição de Jane Reis,

O conceito de necessidade traz ínsito uma idéia negativa, de que a medida há de ser entendida como necessária sempre que não houver outro meio menos oneroso que viabilize a consecução do fim. A noção contida nessa fórmula é expressa pela célebre imagem de Jellinek: *não se abatem pardais com canhões*.¹³¹

Naturalmente, o exame da necessidade também demandará uma análise comparativa entre os mecanismos disponíveis, com foco não na adoção da medida como necessidade absoluta, mas sim como uma necessidade relativa. Ou seja, deve-se verificar se poderia ter sido adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para as partes envolvidas no caso concreto.¹³²

Por último, mesmo depois de verificadas a adequação e a necessidade da medida, parte-se para uma etapa de verificação da proporcionalidade em sentido estrito. Nesta fase, compara-se a importância da realização do fim com a intensidade da restrição de direitos fundamentais, ou de outros bens constitucionais, que referida restrição atinja. Para J.J. Gomes Canotilho, esta análise demanda que o intérprete pese as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim¹³³.

Foi nas duas últimas etapas acima descritas que o Supremo Tribunal Federal definiu o

¹³⁰ “Em termos quantitativos um meio pode promover menos, igualmente, ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio. Isso significa que a comparação entre os meios que o administrador terá de escolher nem sempre se mantém em um mesmo nível (quantitativo, qualitativo ou probabilístico), como ocorre na comparação entre um meio mais fraco e outro mais forte, entre um meio pior e outro melhor, entre um meio menos certo e outro mais certo para a promoção do fim.” ÁVILA, 2007, p. 117.

¹³¹ REIS, 2007, p. 185.

¹³² CANOTILHO, 2003, p. 270.

¹³³ Ibid., p. 271.

juízo de um importante precedente acerca do postulado da proporcionalidade. Na ADIn 855-2, em que foi relator o Ministro Octávio Galloti¹³⁴, contestava-se a constitucionalidade de lei municipal que obrigava as companhias a instalarem uma balança em cada um de seus veículos, a fim de que pudesse ser feita a pesagem de cada botijão diante do consumidor no ato da venda. No entendimento final consignado pelo Tribunal, não foram atendidos o subprincípio da necessidade – já que havia meios alternativos e menos gravosos de atingir os mesmos fins, como a realização de fiscalização por amostragem –, nem o da proporcionalidade em sentido estrito, pois a medida onerava em excesso as empresas que comercializavam botijões de gás.

Ainda que a doutrina tenha apurado o método de exame da proporcionalidade, ao qual também se refere como “método da ponderação”, fato é que a aferição desses critérios é muito subjetiva, e exige uma compreensão das especificidades técnicas e casuais que compõem cada caso. A partir desta constatação, será apresentada singela contribuição, ao fim deste estudo, para os casos que envolvem a promoção de pluralismo nos meios de comunicação. Mais especificamente, serão traçados alguns parâmetros de implementação dessas políticas públicas, identificados, principalmente, a partir da análise do direito comparado (onde é comum a implementação de mecanismos desta natureza).

¹³⁴ ADIn 855-22, Ministro Relator Octávio Galloti, DJU 1.10.1993.

3 A REGULAÇÃO DO PLURALISMO NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Nas etapas anteriores deste trabalho, foram estabelecidas as premissas teóricas que embasam o debate sobre a possibilidade de regulação do pluralismo que, ao lado de outras políticas públicas, compõe a regulação do mercado de comunicação social. Guardadas as especificidades do objeto deste estudo, é certo que a sua plena compreensão pressupõe a legitimidade da intervenção estatal positiva neste mercado – que, demonstrou-se no capítulo anterior, é reconhecida no âmbito de nossa Constituição. Entretanto, o debate brasileiro acerca da matéria ainda oscila entre duas concepções extremas a respeito do papel do Estado como garantidor do direito à liberdade de expressão.

No contexto brasileiro, soma-se à discussão característica – entre uma política de promoção através da abstenção, onde a garantia do direito mora na não-interferência, e outra de promoção através da interferência em si – uma série de fatores que contribuem para a sua estigmatização, como, por exemplo: um histórico de opressão e violação da liberdade subjetiva através da censura; o domínio dos veículos disponíveis por um mercado concentrado e politicamente influente; e uma condução do aparato estatal que, em determinados momentos, ainda demonstra a necessidade de amadurecimento institucional. Esse cenário acaba resultando no tratamento dicotômico de duas concepções que deveriam ser tratadas de uma forma harmoniosa e equilibrada, e é essa a orientação que conduz a exposição que se segue.

O que se pretende demonstrar nesta última parte do trabalho é que a instituição de uma política regulatória para o mercado de comunicação social brasileiro deve partir da premissa de que é possível utilizar medidas regulatórias de forma fiel aos compromissos constitucionais, promovendo as metas centrais do texto constitucional¹³⁵.

Para tanto, a regulação da mídia será tratada como um todo, sendo abordadas as principais características deste regime jurídico e justificada a implementação de mecanismos regulatórios diante de três perspectivas sobre o papel do Estado regulador. Também será feita uma análise do direito comparado, que para este trabalho, vai além da importante função ilustrativa, materializando-se em argumento a favor das políticas regulatórias do pluralismo (pois é possível verificar a adoção de medidas dessa natureza em países reconhecidamente democráticos, com base na manutenção e legitimação do regime).

Por fim, na análise do contexto brasileiro, será exposto o cenário que atualmente

¹³⁵ Inspirados pelos preceitos expostos por SUNSTEIN, 1991 na Introdução à obra *“After the rights revolution – reconceiving the regulatory state.”*

caracteriza a regulação dos meios de comunicação social e as discussões mais recentes sobre o aperfeiçoamento deste modelo. Serão propostos alguns parâmetros que podem auxiliar na implementação de mecanismos de promoção do pluralismo em nossa ordem jurídica, resultado da análise de mecanismos verificados em outras experiências à luz da Constituição Brasileira. Ademais, a experiência brasileira também é trazida pontualmente em diversos outros momentos do texto, nos casos em que foram verificados precedentes ou debates legislativos que se equiparam às discussões abordadas no direito comparado.

3.1 Sobre a “regulação”

Diante da proposta descrita, é importante esclarecer o conteúdo do termo “regulação”, que frequentemente é tratado como sinônimo de “controle social” ou até mesmo de “censura”. A principal função deste esclarecimento – que não é apenas semântico, mas também uma forma de delimitar o escopo do trabalho – é consignar que a regulação estatal que tem fulcro nos compromissos constitucionais não pode ser confundida com “censura” ou com qualquer outra prática que implique na violação de direitos fundamentais do cidadão. Neste trabalho, um Estado que censura um indivíduo ou que reduz o papel da imprensa, fundamental no zelo pela coisa pública e na explanação dos debates em voga na sociedade, não é um Estado regulador.

A seguir, serão determinados, dentro do conteúdo material que o termo traz em si, os tipos de ação por parte do poder público contidos na atividade regulatória no âmbito do mercado de comunicação social. Este esclarecimento descritivo será feito com base no entendimento adotado por Paulo Todescan Lessa Matos, na obra “O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade”, em que o autor aborda o conceito de regulação a partir das perspectivas jurídica, econômica e política, descrevendo os conceitos teóricos e práticos aplicáveis a cada uma dessas esferas¹³⁶.

¹³⁶ MATTOS, Paulo Todescan L. **O Novo Estado Regulador no Brasil** – Eficiência e Legitimidade. São Paulo: Singular, 2006. Note-se que não se trata de mera transposição dos aspectos levantados pelo autor, sendo certo que a didática por ele desenvolvida – de forma simples, mas rica e esclarecedora - permite-nos destacar os principais pontos que compõem a atividade regulatória no campo da comunicação social, trazendo outros elementos teóricos de acordo com a sua pertinência em relação a objeto do trabalho.

3.1.1 Perspectiva jurídica

Numa perspectiva jurídica, o conceito de regulação é definido como o resultado do exercício de função normativa, tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Executivo - caso em que a denominação eleita por Paulo Todescan Lessa Matos é *regulação administrativa*¹³⁷. No âmbito daquele, a regulação se materializa através de normas primárias emitidas pelo parlamento, que criam direitos e obrigações. Por sua vez, a regulação administrativa é executada através de normas secundárias¹³⁸, cuja função é a de especificar e implementar os mandamentos já previstos pelas normas primárias, adaptando-os e promovendo a sua procedimentalização, conforme os arranjos fáticos e técnicos cabíveis. Note-se que, no âmbito das normas emitidas pelos órgãos reguladores, o autor distingue terceira categoria – a de normas terciárias, que seriam aquelas “que não definem direitos e deveres, mas estabelecem procedimentos (ex.: procedimentos decisórios interinos de órgãos reguladores), guias de interpretação e aplicação de normas e instruções normativas.

A esta abordagem, interessam as atividades do poder legislativo e do executivo, onde moram, atualmente, os principais debates sobre a matéria. Ao mesmo tempo, apesar do ordenamento brasileiro prever apenas parcialmente a competência dos órgãos independentes do poder executivo para regular este mercado, este não é o modelo adotado na maior parte dos países cuja experiência regulatória neste campo foi visitada, pelo que não caberia a restrição às atividades do poder legislativo. Assim, numa perspectiva jurídica, a regulação será entendida aqui como os atos resultantes do exercício de função normativa por ambos os poderes.

3.1.2 Perspectiva econômica

À luz de uma perspectiva econômica, a regulação pode ser entendida como um conjunto de técnicas administrativas de correção de falhas de mercado, estabilização e

¹³⁷ MATTOS, 2006, pág. 35.

¹³⁸ “As normas secundárias seriam aquelas que, com fundamento legal em normas primárias – normas que estabelecem obrigações – ou em outra norma secundária (no caso do direito brasileiro, um decreto presidencial, por exemplo) prevêm direitos e deveres, mas especialmente, alterando e especificando condicionamentos e restrições já previstos em normas primárias editadas pelo Poder Legislativo. Tais normas permitem a adaptação e a especificação, por meio de delegação legislativa, do conteúdo de normas primárias, gerais e abstratas, diante de situações novas que ocorrem. Essa necessidade de adaptação e especificação do conteúdo de normas gerais e abstratas é inerente ao funcionamento de qualquer sistema jurídico moderno, que não suporta, com a complexidade do funcionamento dos sistemas político e econômico, os defeitos decorrentes de um sistema jurídico concebido como estático.” Ibid., p. 36-37.

desenvolvimento econômico, e como meio de promoção de valores sociais e culturais não relacionados diretamente ao funcionamento do sistema econômico, mas com efeitos também sobre a organização de mercados. Previamente a esta explanação, cabe ressaltar que a abordagem desta perspectiva se faz à luz da indagação sobre a razão de ser da regulação; sobre qual é o seu objetivo e quando deve ser utilizada.

Sendo certo que não cabe no escopo deste estudo a avaliação de todas as respostas possíveis a esta pergunta, é necessário consignar que ele se afasta do pensamento neoliberal clássico, que restringe o papel da regulação ao saneamento das falhas de mercado¹³⁹. Além desta função, é possível identificar o uso de mecanismos estatais com a finalidade de promover a efetividade de direitos fundamentais, de valores culturais e sociais constitucionalmente consagrados, bem como para implementar políticas redistributivas, e fomentar ou desencorajar o desenvolvimento de determinadas atividades à luz de questões morais ou dos direitos de gerações futuras¹⁴⁰. É dentro deste escopo mais abrangente que mora a interpretação sobre o papel da regulação no mercado de comunicação social. Dado que este entendimento em nada prejudica ou refuta o papel da intervenção estatal diante das falhas de mercado, é necessária uma breve abordagem desta função.

Para Cass R. Sunstein, uma das funções dos estatutos regulatórios é sanar as *falhas de mercado* verificadas quando o funcionamento do mercado, deixado livremente a cargo de seus agentes não regulados pelo Estado, gera resultados econômicos ineficientes ou socialmente indesejáveis. O autor destaca três principais falhas de mercado sanáveis pela regulação: monopólios; problemas de coordenação e de ação coletiva e inadequação de informação¹⁴¹, às quais soma-se o tipo de falhas de mercado conhecido como “externalidades”.

No tocante à primeira falha mencionada, a regulação seria uma forma de evitar a construção de estruturas monopolísticas no mercado, que representam um risco ao seu bom funcionamento, ameaçando a própria existência de concorrência em si. Nessa perspectiva, a

¹³⁹ Conforme esclarece Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, “[...] de acordo com o pensamento neoliberal majoritário, o Estado deveria intervir apenas para corrigir falhas de mercado, equacionando custos e benefícios privados e públicos, visando aumentar o bem-estar geral. Justificando o uso de instrumentos intervencionistas, os neoliberais reconhecem que um sistema capitalista baseado em livre mercado apresenta elementos de instabilidade, que pode provocar desperdícios sociais caso o Estado não intervenha na economia.” RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 20.

¹⁴⁰ Sobre os possíveis objetivos da regulação, vide o capítulo 3 (“Why regulation?”) da obra citada de Cass R. Sunstein, em que o autor enumera como motivos para regular: saneamento das falhas de mercado, redistribuição de recursos, promoção de desejos e aspirações coletivas, combate à subordinação social de determinados grupos, interferir no processo de formação de preferências endógenas, resguardar os direitos de gerações futuras.

¹⁴¹ SUNSTEIN, C. R.. **After the Rights Revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 48.

regulação é vista como “facilitadora”, já que imbuída do objetivo construtivo de preservar as condições de concorrência do mercado¹⁴². Cabe lembrar que, em relação aos mercados em que se verifica monopólio natural – “quando as economias de escala em determinado mercado são muito elevadas e tornam ineficiente a participação de mais de um agente econômico na produção de bens ou prestação de serviços”¹⁴³ -, o papel da regulação se limita a dirimir o poder monopolista. Isto é feito através do controle de preços exercidos, dos padrões de qualidade de produtos ou da prestação e a alocação de fatores de produção de forma eficiente, de modo a garantir que um padrão mínimo de bens e serviços disponibilizados a um nível competitivo¹⁴⁴.

Quanto aos problemas de coordenação e de ação coletiva, o mesmo autor esclarece que essas falhas de mercado partem da constatação de que um comportamento racional individual pode produzir um resultado público e/ou coletivo irracional, e, por conseguinte, indesejável. Desta forma, o uso da regulação se justifica como forma de dirimir esses resultados, restringindo uma ação orientada puramente pelo bem estar individual para que ela não tenha um efeito negativo sobre o bem estar coletivo. Geralmente, essas falhas se referem ao uso de bens públicos, cujo consumo por uma pessoa não gera escassez para outra, ou que sejam consumidos coletivamente, não existindo meio de coibir o seu consumo¹⁴⁵. Ilustram esta situação as políticas protetoras do meio ambiente; a água e o ar, por exemplo, possuem claramente tais características. Nesses casos, o problema ocorre na medida em que agentes perseguem de forma egoísta a maximização de seu bem-estar individual, comprometendo a

¹⁴² “Government regulation preventing monopolistic behavior or cartels – like the basic rules of contract, tort, and property – is designed to ensure a well-functioning market. Far from being an unjustified constraint on private decisions, regulation of this sort has a facilitative or constructive function.” Tradução livre: “A regulamentação governamental coibindo comportamentos monopolistas ou cartéis - tais como as regras básicas do contrato, do ato ilícito e da titularidade - é designada para assegurar o bom funcionamento do mercado. Longe de ser uma restrição injustificada às decisões privadas, a regulação deste tipo tem a função facilitadora ou construtiva. Às vezes os controles governamentais assumem a forma de sanções civis e penais contra as práticas monopolistas.” SUNSTEIN, 1991, p. 49.

¹⁴³ “Tal situação ocorre (enquanto padrão de referência) quando as economias de escala em determinado mercado são muito elevadas e tornam ineficiente a participação de mais de um agente econômico na produção de bens ou prestação de serviços.” MATTOS, 2006, p. 44.

¹⁴⁴ “Legal controls on monopolistic behavior are poor when there is a natural monopoly, found in areas in which economies of scale enable a large firm to drive out competitors because of its lower costs. In such cases, the ordinary remedy consists of ceilings on prices and perhaps of quality control as well. The basic goal is to provide goods and services at the competitive level.” Tradução livre: “Os controles legais acerca do comportamento monopolista são insuficientes quando há um monopólio natural, encontrado em áreas em que as economias de escala permitem que uma grande empresa expulsa seus concorrentes devido ao seu custo mais baixo. Em tais casos, o remédio jurídico habitual é a estipulação de tetos para os preços e possivelmente o controle de qualidade também. O objetivo básico é fornecer bens e serviços a nível competitivo.” SUNSTEIN, 1991, p. 48.

¹⁴⁵ “Os bens públicos são aqueles que podem ser consumidos tanto por aqueles que dispenderam recursos quanto por aqueles que não dispenderam recursos para o seu consumo.” RAGAZZO, 2011, p. 21.

qualidade de tais bens e, dessa forma, prejudicando a coletividade e a si mesmos¹⁴⁶.

No tocante à inadequação de informação, o papel do Estado seria de assegurar que os cidadãos tenham acesso às informações a respeito dos bens e serviços consumidos, tais como composição, riscos inerentes ao consumo e forma adequada de utilização. Tendo em vista que, na maior parte das vezes, essas informações têm um nível relevante de técnica e complexidade, e que sua divulgação invariavelmente implica num custo significativo para os agentes do mercado, é possível afirmar que estes, por si, não têm tendência a gastar recursos para corrigir situações de assimetria de informação. Resta, portanto, à regulação, o papel de garantir a disponibilidade e acessibilidade das mesmas pelo público em geral.¹⁴⁷

Por fim, as externalidades são falhas de mercado decorrentes dos efeitos do próprio exercício da atividade econômica pelo mercado, cujos custos (que recaem sobre terceiros) não são mensurados nem absorvidos pelo agente privado¹⁴⁸. Nesses casos, o papel da regulação é dirimir ou estimular esses efeitos, sendo certo que uma externalidade não necessariamente deve ser entendida como algo negativo. Segundo esclarece Carlos Emmanuel Joppel Ragazzo, o exemplo clássico de externalidade negativa é a poluição, que demanda do estado uma atuação regulatória e fiscalizadora, impondo multas e obrigando a instalação de filtros ou a redução de emissões. Por sua vez, as externalidades geradas pelo ensino básico e fundamental, por exemplo, são positivas e desejáveis, pelo que essas atividades são fomentadas ou até prestadas diretamente pelo poder público.¹⁴⁹

A transposição da idéia econômica de regulação estatal como forma de remediar as falhas de mercado para o mercado de comunicação se justifica quando se entende a esfera pública de debate como um “mercado de idéias”, em que a informação deve circular de uma forma livre, aberta e plural¹⁵⁰. Nesse contexto, a incidência dessas falhas pode cercear o

¹⁴⁶ MATTOS, 2006, p. 46-47.

¹⁴⁷ Para Paulo Todescan Lessa Mattos, a ação regulatória do Estado nesses casos se justifica nas seguintes situações: (a) quando há alto custo da obtenção de informação pelo próprio consumidor e/ou baixa probabilidade do fornecedor ser onerado, futuramente, em valores superiores àqueles da disponibilização da informação; (b) quando há necessidade de tradução de termos técnicos, e (c) nos casos em que as informações não são geradas espontaneamente pelo mercado. MATTOS, 2006, p. 46.

¹⁴⁸ “As externalidades, por sua vez, decorrem de efeitos – positivos ou negativos – causados a terceiros oriundos de relações a que eles em princípio são alheios, o que resulta numa discrepância entre as estruturas de custo e benefício privadas e sociais de alguma forma pertinentes a essas relações.” RAGAZZO, 2011, p. 23.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 23-24.

¹⁵⁰ A metáfora do “mercado de idéias” foi utilizada inicialmente pelo juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes, no caso *Abrahms v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), em que afirma que “[...] o bem maior desejado é melhor alcançado por um comércio livre de idéias [...] O melhor teste da verdade é a capacidade do pensamento de fazer-se aceito na competição do mercado.” No original: “(...) the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas...that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market.”

debate público e potencializar o efeito silenciador do discurso¹⁵¹. Assim, a falta de pluralismo na mídia pode ser entendida como uma das possíveis falhas do mercado de comunicação, podendo ser associada, por exemplo, à existência de estruturas monopolísticas (que restringem a entrada de novos agentes no mercado, limitando a diversidade de pontos de vista expostos).

Além do papel de corrigir falhas de mercado, a regulação também pode ser entendida como um conjunto de técnicas visando a promoção de valores sociais e culturais, que servem de instrumento à realização de valores mediante a proteção garantida em norma¹⁵². Verifica-se um exemplo clássico desta função regulatória dentro do mercado de comunicação social, nas regras que incentivam a produção e exibição de conteúdo audiovisual nacional, como forma de promover valores culturais. Também são ilustrativas as regras de proteção ao patrimônio cultural e de proteção ao meio ambiente. Especificamente sobre a proteção de valores sociais, é possível identificar normas tipicamente paternalistas, geralmente voltadas para a proteção da saúde e do bem-estar dos indivíduos, como por exemplo, as regras de trânsito que obrigam o uso do cinto de segurança¹⁵³.

Conforme ressaltado anteriormente, é importante destacar que o papel da regulação dentro de um determinado mercado deve transcender os aspectos puramente econômicos da atividade em questão, promovendo de forma mais abrangente valores culturais e sociais, e ainda, os direitos fundamentais resguardados pela ordem constitucional. No caso brasileiro, em que a Carta de 1988 coloca esses direitos no centro do ordenamento jurídico, vinculando as atividades dos três poderes do Estado à sua realização, essa é a interpretação mais acertada.

Esta acepção já é plenamente difundida nos ordenamentos europeus, onde a maior parte dos países já institucionalizou esse entendimento sobre o papel da regulação, inclusive através da criação de autoridades regulatórias independentes voltadas para a proteção de

¹⁵¹ A expressão “efeito silenciador do discurso” é empregada por Owen Fiss diante da constatação de que o domínio dos veículos de comunicação por determinados grupos políticos ou sociais restringe o acesso das minorias ou de grupos socialmente estigmatizados à esfera pública de debate – que, desta forma, seriam silenciados pelo discurso unísono dominante. Vale ressaltar que, conforme destaca o autor, nestes casos não é o Estado que ameaça o discurso, mas ao contrário, a sua intervenção é que assegura um debate aberto e integral, assegurando que todos sejam ouvidos. FISS, 2005, p. 37-48. Em introdução à tradução da obra em referência (p. 11-12), Gustavo Binimbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto esclarecem que o efeito silenciador do discurso “seria fruto, por exemplo, do acesso diferenciado aos meios de comunicação de massa alcançado por determinados grupos hegemônicos, da pressão ou influência exercidas pelo governo sobre as empresas de comunicação, ou de preconceitos difundidos na sociedade contra determinadas categorias de pessoas, geralmente minorias. A tese é a de que, por conta dos fatores econômicos ou culturais presentes na estrutura da sociedade, as manifestações expressivas de grupos hegemônicos acabam por ‘abafar’ aquelas emanadas de estamentos menos favorecidos, condenados à invisibilidade e ao silêncio no grande debate público.”

¹⁵² É o que Paulo Todescan Lessa Mattos chama de “regulação social”, ao passo que à regulação voltada para correção de falhas de mercado o autor se refere como “regulação econômica”. MATTOS, 2006, p. 51.

¹⁵³ Ibidem, p. 52.

direitos fundamentais. É possível identificar entidades cujo objeto são direitos como o direito à privacidade¹⁵⁴, direito a voto¹⁵⁵, direito à intimidade¹⁵⁶ e o direito à liberdade de expressão, dentre outros. Sobre este último, Artemi Rallo Lombarte destaca que a proteção da liberdade de comunicação constitui expoente máximo da atuação das agências independentes na proteção de direitos fundamentais¹⁵⁷, enumerando a adoção de entidades desta natureza em países como Estados Unidos, Canadá, França, Bélgica, Itália, Reino Unido, Alemanha e Espanha¹⁵⁸. Essas experiências serão abordadas de forma mais precisa na próxima seção, como uma das características recorrentes dos sistemas que regulam o mercado de comunicação social.

Por ora, diante de uma perspectiva econômica e funcional, importa esclarecer que a regulação da comunicação social será entendida neste trabalho como uma forma de honrar os compromissos constitucionais através da correção das falhas deste mercado e na promoção de direitos fundamentais e de valores culturais e sociais.

3.1.3 Perspectiva política

Por fim, em relação à perspectiva política, o conceito de regulação se situa dentro do debate sobre a legitimidade da intervenção estatal no domínio das relações privadas. A discussão remonta à teoria do liberalismo econômico, inicialmente desenvolvida por Adam Smith, segundo a qual se repudia a intervenção estatal nas relações privadas, sendo o mercado, por si só, responsável por ditar os parâmetros de suas operações e garantir a eficiência das mesmas¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Como a Agência de Proteção de Dados Espanhola, criada pela Lei 5/1992.

¹⁵⁵ Como existem na França a Comissão Nacional de Contas de Campanha Financiamentos Políticos e a Comissão de verificação de declaração patrimonial de cargos públicos. Na Espanha, tal função é exercida pela administração eleitoral, que ganhou status de entidade da administração pública independente com a publicação da lei 197/1988.

¹⁵⁶ Como as Comissões de Garantia da Video-vigilância na Espanha, criadas pelo Decreto Real 596/1999.

¹⁵⁷ RALLO LOMBARTE, Artemi. **La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes**. Madrid: Tecnos, 2002..

¹⁵⁸ No mesmo sentido, Gustavo Binbenjón identifica que “[...] há ainda uma peculiaridade a ser mencionada relativamente ao contexto europeu continental. Trata-se da institucionalização de autoridades administrativas independentes para garantia de direitos fundamentais. É dizer: além da ordenação da política econômica e dos serviços sociais privatizados, é expressiva a quantidade de agências implementadas para a proteção de direitos fundamentais. Proteção, ressalte-se, contra agressões advindas de particulares, mas também contra ingerências nocivas dos próprios poderes públicos (os quais, muitas vezes, apresentam potencial ofensivo deveras maior.” BINENBOJM, 2006, p. 247.

¹⁵⁹ “No mundo moderno, as teorias de atuação do Estado tiveram como vértice inicial a obra de Adam Smith, representante maior do liberalismo econômico. De acordo com a sua doutrina, o Estado reger-se-ia pelas suas

Ao transportar a lógica do liberalismo econômico para o âmbito da ciência política, Norberto Bobbio chega à idéia de “Estado Mínimo”, que representa a concepção de que o Estado ideal é aquele que governa o mínimo possível, dando total espaço à implementação das idéias do livre mercado. Segundo o autor,

Quando a sociedade civil sob a forma de sociedade de livre mercado avança a pretensão de restringir os poderes do Estado ao mínimo necessário, o Estado como mal necessário assume a figura do Estado mínimo, figura que se torna o denominador comum de todas as maiores expressões do pensamento liberal. Para Adam Smith, o Estado deve se limitar à ordem interna, bem como à execução de trabalhos públicos.¹⁶⁰

Por partir da premissa de que a intervenção estatal pode promover a eficiência dos mercados quando os mesmos falham, representando muito mais a promoção do que a restrição das liberdades e direitos dos cidadãos, a perspectiva política do conceito de regulação pode ser entendida como um contraponto à idéia de Estado-mínimo, sendo desejável em determinados contextos políticos e econômicos.

Assim é que, ao tratar da matéria, Paulo Todescan Lessa Matos retoma a oposição entre liberalismo e democracia, através do impasse entre a realização da liberdade individual e dos interesses individuais e a legitimidade da ação estatal voltada à realização de um interesse público coletivo (ou ainda, do interesse da maioria, no caso da democracia representativa)¹⁶¹. O debate sobre essa questão não se encerra em uma resposta unívoca, mas demanda um constante questionamento por parte da sociedade sobre até que ponto as políticas públicas perseguidas pelo Estado estão de fato favorecendo o interesse público, e não restringindo a autonomia e as liberdades individuais.

Para o mesmo autor, esta análise deve ser feita à luz da constatação de um problema prático central nos déficits de representação de interesses. Mais especificamente, na desigualdade da representação de partidos políticos e na desigualdade de condições de acesso dos cidadãos aos canais de circulação do poder político, que prejudicam a concretização do ideal democrático de igualdade política entre os cidadãos¹⁶². Nessa perspectiva, a legitimidade das ações do Estado demanda que ele se utilize das instituições e procedimentos consagrados pelo Direito, para garantir que os interesses e preferências pessoais dos cidadãos sejam integrados ao debate político e à formação do interesse público, que é o fundamento da

próprias leis, sendo os agentes privados mais eficientes para ditar as relações econômicas, devendo o Estado manter-se alheio a esse processo, com poucas e reduzidas funções.” RAGAZZO, 2011, p. 11-12.

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade** – para uma teoria geral da política. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009., p. 129-130. Cabe esclarecer que a idéia de “Estado como mal necessário” a que se refere a passagem é desenvolvida pelo autor como uma das concepções negativas de Estado (ao lado da idéia de “Estado como mal não necessário”).

¹⁶¹ MATTOS, 2006, p. 57.

¹⁶² Ibid., pág. 58.

sua intervenção.

Sobre o embate entre a satisfação de interesses pessoais e a intervenção a favor do interesse público, Cass R. Sunstein entende que a satisfação de preferências pessoais é uma concepção enganada de liberdade e autonomia. Isto porque ela só poderia ser legitimada quando esses conceitos forem relacionados a um processo de tomada de decisões realizado frente a todas as oportunidades disponíveis e com todo o conhecimento das informações pertinentes¹⁶³. Para o autor, a ausência dessas circunstâncias descaracteriza os conceitos de liberdade e autonomia nas decisões, tornando-as condicionadas e ilegítimas. Ou seja, a intervenção estatal com a finalidade de fornecer substratos à tomada de decisões individuais seria uma forma de garantir a sua verdadeira legitimidade e a preservação da autonomia de cada indivíduo.

Nesse sentido, ao desenvolver as justificativas para a atuação regulatória do Estado, o autor destaca a função de alguns diplomas de promover e preservar a diversidade de experiências, assegurando uma ampla gama de opções na formação das preferências e crenças pessoais. Ilustrando seu entendimento, Sunstein se demonstra céptico diante da possibilidade de uma política de não-intervenção para o mercado de radiodifusão, diante do papel que a televisão tem de fornecer as informações e oportunidades necessárias a este processo¹⁶⁴.

¹⁶³ “Moreover, the satisfaction of private preferences, whatever their content, is an utterly implausible conception of liberty or autonomy. The notion of autonomy should be taken to refer instead to decisions reached with a full and vivid awareness of available opportunities, with all relevant information, or, most generally, without illegitimate constraints on the process of preference formation. When these conditions are not met, decisions might be described as unfree or nonautonomous.” Tradução livre: “Além disso, a satisfação de preferências particulares, independentemente do seu conteúdo, é um conceito completamente implausível de liberdade ou autonomia. Contrariamente, a noção de autonomia deve ser concebida para se referir às decisões tomadas com plena e vívida consciência das oportunidades disponíveis, com todas as informações pertinentes, ou, mais genericamente, sem restrições ilegítimas sobre o processo de formação de preferências. Quando estas condições não são satisfeitas, as decisões podem ser descritas como condicionadas ou não-autônomas.” SUNSTEIN, 1991, p. 40.

¹⁶⁴ “Indeed, the need to provide diverse opportunities for preference formation suggests reasons to be quite skeptical of unrestricted markets in communication and broadcasting. There is a firm theoretical justification for the much criticized and now largely abandoned ‘fairness doctrine’, which required broadcasters to cover controversial issues and to ensure competing views. The fairness doctrine operated as an exceptionally mild corrective to a broadcasting market in which most viewers see shows that rarely deal with serious problems; are frequently sensationalistic, prurient, dehumanizing, or banal; reflect and perpetuate a bland, watered down version of the most conventional views about politics and morality; are influenced excessively by the concerns of advertisers; and are sometimes riddled with violence, sexism, and racism. In view of the inevitable effects of such programming on character, beliefs and even conduct, it is hardly clear that governmental ‘inaction’ is always appropriate in a constitutional democracy; indeed, the contrary seems true.” Tradução livre: “Regulação de radiodifusão - subsidiar a radiodifusão pública, garantindo a variedade de programações, ou obter programação de alta qualidade em grande parte indisponível no mercado - pode ser entendido em termos semelhantes. De fato, a necessidade de proporcionar diversas oportunidades para a formação de preferência sugere razões para que se seja céptico em relação a mercados de comunicação e radiodifusão livres. Há uma justificação teórica sólida para a tão criticada e praticamente abandonada “Fairness Doctrine”, que exigia que as emissoras cobrissem assuntos controversos e garantissem a exibição de visões concorrentes. A doutrina equitativa funcionava como um corretivo excepcionalmente ameno para um mercado de radiodifusão em que a maioria dos espectadores assiste a programas que raramente lidam

É importante destacar que não se defende aqui a adoção irrestrita da intervenção estatal, seja no mercado de comunicação ou em qualquer outro. O entendimento mais acertado será aquele a favor da liberdade, cuja promoção ora dependerá de intervenção, ora de abstenção estatal. Carlos Emmuel Joppert Ragazzo expressa com clareza e precisão este que é o cerne da questão sobre o entendimento da regulação numa perspectiva política. Segundo o autor,

O Estado, na condição de mecanismo de bem comum, deve garantir a autonomia (liberdade); em termos mais simples: a satisfação dos desejos privados (satisfação essa que não será absoluta, assim como nenhum direito ou prerrogativa o é). Em alguns casos, portanto, a liberdade vai ser tolhida justamente para assegurar liberdade. E mais ainda, o Estado deve garantir e promover a autonomia nos processos de formação de preferências. Daí a importância da intervenção estatal a fim de assegurar que o procedimento de escolha das preferências seja potencialmente mais democrático e, quem sabe até, mais competitivo.¹⁶⁵

Por sua vez, Alexandre dos Santos Aragão adota a mesma medida para dirimir o embate entre regulação estatal e liberdade de empresa:

[...] a regulação estatal da economia não se opõe à liberdade empresarial; pelo contrário, seu propósito é propiciar um ambiente justo e equitativo, onde o maior número de pessoas possa exercer seus direitos e atuar na economia. Isto não impede que o Estado possa ou deva, se verificadas as condições para tanto, deixar espaços da vida social e econômica livres de qualquer intervenção ou regulação. Deve, no entanto, estar sempre atento para que esta liberdade não prejudique os interesses da sociedade como um todo, de forma que a liberdade só possa existir enquanto for mais benéfica para a sociedade do que a regulação estatal, inclusive tendo em vista a natural e às vezes desmedida ambição dos homens.¹⁶⁶

Portanto, numa perspectiva política, a regulação pode representar, *a priori*, tanto a abstenção quanto a intervenção estatal. A inspiração ponderada que orienta este trabalho exige que o mesmo se desvencilhe de concepções extremas. A observação das formas de intervenção estatal ao longo do tempo (que foi exposta na Parte 2 supra) revela que medidas diversas se justificam em contextos políticos e econômicos diversos. Desta forma, um bom Estado seria aquele que se coloca a favor da autonomia e da liberdade individual dos cidadãos, seja através da abstenção ou da intervenção.

Mais uma vez, cabe o entendimento de Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo para expor esta concepção da atividade regulatória, aqui abordada a partir da análise do processo de evolução do Estado Mínimo para o Estado do Bem-Estar Social, e deste para o modelo atual. Neste último, a agenda de privatizações, política monetária e fiscal conservadora, além de um

com problemas graves, sendo os mesmos, muitas vezes, sensacionalistas, lascivos, desumanizadores ou banais; refletem e perpetuam uma versão branda, diluída, das opiniões mais convencionais sobre política e moralidade; são excessivamente influenciados pelos interesses dos anunciantes e são, por vezes, repletos de violência, sexismo e racismo. Em vista dos efeitos inevitáveis de tal programação sobre o caráter, as crenças e até mesmo o comportamento, dificilmente se pode pensar que a ‘inação’ do governo seja sempre adequada em uma democracia constitucional; na verdade, o contrário é que parece ser verdadeiro”. Ibid., p. 61.

¹⁶⁵ RAGAZZO, 2011, p. 33.

¹⁶⁶ ARAGÃO, 2009, p. 61.

processo de abertura comercial, impôs ao Estado uma reformulação de suas funções, sem nunca deixar de lado a necessidade de sua atuação:

Não há como negar, portanto, que o tamanho da máquina do Estado deixou efetivamente de ser a principal questão. O conflito entre o *big government* e o Estado Mínimo arrefeceu em sua relevância, voltando-se o foco para a necessidade de um Estado forte em contraposição ao conceito de ausência estatal. Menos Estado não é, ao contrário do que muitos acreditam, melhor.¹⁶⁷

O transporte desta lógica é fundamental à fiel compreensão do papel da regulação no mercado de comunicação social, onde muito Estado pode representar ameaça à liberdade de expressão subjetiva, e pouco Estado pode comprometer a efetivação da liberdade de expressão objetiva.

Vale destacar que esta concepção vai ao encontro da interpretação dos preceitos constitucionais aplicáveis aos meios de comunicação social que estabelecemos na Parte 2 deste trabalho, onde foi consignado que a Constituição Brasileira demanda do poder público posturas regulatórias para o setor inspiradas em ambas as teorias libertária e ativista sobre a proteção da liberdade de expressão.

É notório, e assim nossa experiência passada não nos deixa esquecer, que o Estado pode agir erroneamente diante dos veículos de comunicação, empobrecendo e restringindo o discurso. Ou até tornando-o objeto de uma política totalitária, ao invés de ampliá-lo em função de um debate público mais plural. Este perigo jamais deve ser ignorado¹⁶⁸. Contudo, também não há que se ignorar que a sua total abstenção em favor do exercício irrestrito da autonomia privada dos agentes do mercado pode prejudicar o exercício da autonomia pública e privada de grupos, organizações sociais e indivíduos que não tenham acesso aos mesmos veículos.

A importância do debate público promovido pelos meios de comunicação social é tão grande para a formação da vontade popular que o interesse pela sua restrição pode ser tanto dos poderes públicos quanto das demais instituições sociais, públicas e privadas - principalmente, dos agentes econômicos que atuam no mercado de mídia. Lembrando, as empresas privadas de comunicação social são livres de controle econômico pelo Estado, mas não deixam de ser constringidas pela estrutura econômica na qual estão inseridas.

Assim, diante desta perspectiva política, a regulação dos meios de comunicação será entendida aqui como a adoção de uma postura abstenteísta ou intervencionista por parte do Estado neste mercado. Essencialmente, o objetivo traçado, em primeiro plano, deve ser a promoção da autonomia e da liberdade individual dos cidadãos, através, dentre outros, da

¹⁶⁷ RAGAZZO, 2011, p. 15-16.

¹⁶⁸ FISS, 1987. p. 787.

garantia de circulação da informação suficientemente diversa para fins de formação de preferências pessoais.

3.2 Regulação da comunicação social, suas peculiaridades e características

O papel da mídia nas sociedades contemporâneas é tão importante quanto diversificado. A presença desses veículos enquanto fonte de entretenimento, informação, conhecimento e até de relação com o poder público, torna eles parte essencial do cotidiano da população. Sendo certo que tal presença há que considerar o papel reservado aos meios de comunicação pelas constituições democráticas, acaba que o regime jurídico aplicável aos mesmos abrange uma série de mecanismos, geralmente direcionados à proteção de um ou mais bens jurídicos distintos entre si (como a proteção de menores, do consumidor, a promoção da cultura nacional e da diversidade, dentre outros).

O pluralismo representa um dos bens a serem considerados numa política regulatória dos meios de comunicação, de forma que a plena compreensão sobre os motivos e a forma de sua proteção exige um conhecimento mínimo sobre o cenário macro. Desta forma, é necessário contextualizar o objeto principal deste estudo dentro de um universo mais abrangente, que guarda uma série de peculiaridades e características.

O objetivo desta seção é apontar quais são as peculiaridades desse mercado que devem ser observadas e, em seguida, contextualizar a promoção do pluralismo dentro de um leque mais extenso de políticas públicas regulatórias¹⁶⁹ voltadas para o mercado de comunicação social. Dentre elas, destaque-se: a implementação de um órgão regulador independente e especializado no setor; a proteção de menores; a restrição à publicidade; a observação de regras de imparcialidade, e um sistema de radiodifusão privada, pública e estatal.

Em relação às peculiaridades que permeiam o funcionamento do mercado de comunicação social, cabe notar, em primeiro lugar, a diversidade de atividades que o compõem. A abrangência do que se entende como esfera pública de debate exige a consideração de todas as fontes de informação e conhecimento disponíveis, o que inclui uma série de veículos disponibilizados através de atividades econômicas distintas entre si. Trata-se da coexistência entre os diversos segmentos de mídia, tais como jornais, revistas, livros, rádio (ou radiodifusão sonora), televisão aberta (ou radiodifusão de sons e imagens), comunicação

¹⁶⁹ Naturalmente, entendidas dentre os parâmetros traçados na seção anterior.

eletrônica de massa (que inclui a TV por assinatura, ou “TV paga”) e Internet¹⁷⁰. Mesmo que cada uma dessas atividades possa receber tratamento distinto da legislação¹⁷¹ - mais especificamente, em relação à sua classificação como serviço público e a consequente necessidade de concessão ou autorização do poder público para operação -, os fins constitucionais da regulação muitas vezes exigem que elas sejam consideradas como um todo¹⁷². Principalmente no tocante à garantia de pluralismo no debate público.

Além da diversidade de atividades inerente ao setor, contribui para a sua complexidade a evolução tecnológica da última década, que tem expressão máxima naquilo que se chama de “convergência de mídias”. A convergência de mídias pode ser entendida como a capacidade de diferentes plataformas¹⁷³ servirem de veículo a serviços essencialmente semelhantes, ou como a junção de dispositivos do consumidor, como o telefone, a televisão e o computador pessoal.¹⁷⁴ A partir daí, muitos dos serviços considerados como de comunicação social podem ser acessados pelo usuário final na mesma plataforma e através dos mesmos meios de transporte de sinal que o são alguns serviços de telecomunicações. Note-se que, até então, serviços como telefonia fixa e móvel não guardavam relação essencial com o provimento de informação, cultura ou entretenimento.

A convergência de mídias tem algumas implicações importantes nos mercados de comunicação e telecomunicações¹⁷⁵, que vão desde questões de tecnologia e infraestrutura,

¹⁷⁰ Não obstante a Internet seja, incontestavelmente, uma parte do mercado de comunicação social, ainda são tímidas e insipientes as tentativas de regulação da atividade, frente às barreiras pragmáticas e tecnológicas que se apresentam à possibilidade concreta de intervenção. Desta forma, não serão abordadas as possibilidades de políticas públicas direcionadas ao setor; o que não impede, é claro, que a sua existência e implicações no debate público sejam levadas em consideração quando da análise de necessidade e metodologia de promoção do pluralismo na mídia.

¹⁷¹ Por exemplo, no Brasil, os serviços de radiodifusão sonora e de sons imagens, e os serviços de televisão por assinatura (que são serviços de telecomunicações) são os únicos destes listados elevados à categoria de serviços públicos, conforme art. 21, incisos XI e XII, b, da Constituição Federal.

¹⁷² Segundo Owen Fiss, “Para os propósitos constitucionais, o mercado relevante é o informacional, o domínio a partir do qual o público descobre o mundo além de sua experiência imediata. O mercado relevante não pode ser definido de acordo com cada meio de comunicação, mas deve abraçar jornais, rádio, televisão, revistas, livros e mesmo filmes como um todo unitário.” FISS, 2005, p. 102.

¹⁷³ O termo “plataforma” aqui pode ser entendido como o dispositivo que permite o acesso ao serviço; o aparelho de televisão, no caso dos serviços de TV aberta e fechada; o jornal, no caso da mídia impressa e o computador, no caso da internet, são os exemplos mais recorrentes. A partir da convergência, uma mesma plataforma dá acesso a todos esses serviços e outros mais, como os de telefonia móvel, através de plataformas como telefones celulares e *smartphones*.

¹⁷⁴ Conforme definido pela COMUNIDADE Européia no “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”. Bruxelas, 1997. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/124165_pt.htm>. Acesso em: 15 jan. 2011..

¹⁷⁵ O fenômeno da convergência de mídias abrange diferentes aspectos da prestação de serviços de comunicação e de telecomunicações. Segundo estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada Brasileiro – IPEA, “A convergência tecnológica compreende diferentes aspectos e níveis fundamentais: (i) a convergência de rede – impulsionada pela mudança para redes de banda larga IP – aí incluída a ‘convergência de três telas’ (TV, celular, computador); (ii) a convergência de serviços – decorrente da convergência de redes e do

até impactos na forma cultural de relação do usuário com os serviços e no tratamento jurídico e regulatório dos mesmos, cujo detalhamento desviaria este estudo de seus objetivos principais. Por ora, importa esclarecer que a convergência de mídias trouxe novos agentes ao mercado de comunicação social – mais especificamente, as empresas de telefonia –, que até então não protagonizavam a difusão de informação na esfera pública. Ou seja, aumentaram o número de atividades relacionadas ao mercado de comunicação social e os desafios de tratamento regulatório do mesmo.

No âmbito dos serviços relacionados à distribuição de conteúdo audiovisual o cenário da convergência de mídias também deve ser entendido com base na cadeia produtiva que caracteriza o setor. É possível verificar, basicamente, quatro atividades verticalmente integradas: a produção, programação, o empacotamento e a distribuição de conteúdo. A produção, naturalmente, consiste na primeira fase, em que conteúdo audiovisual é criado e fabricado. A distribuição é a última fase e se refere ao serviço de que se trata em si, que faz o conteúdo chegar até o usuário final. No caso dos serviços de televisão por assinatura essas duas atividades são intermediadas por duas outras; a do programador (que é quem produz canais com programação) e a do empacotador (que é responsável por montar pacotes de canais para vendê-los a quem distribui o conteúdo).

Em segundo lugar, é necessário ressaltar que as políticas públicas para as comunicações são implementadas em dois âmbitos distintos: o da regulação de infraestrutura e o da regulação de conteúdo¹⁷⁶. A infraestrutura se refere ao meio físico necessário à realização da atividade, que varia consideravelmente de acordo com o segmento de mídia de que se trata. Neste âmbito, as maiores questões se apresentam no âmbito dos serviços de radiodifusão e de TV paga, pois demandam um aparato físico e tecnológico bem mais complexo do que plataformas como a de mídia impressa, por exemplo, o que por si só, permeia o regime jurídico destas atividades de uma série de nuances.

No caso da radiodifusão sonora e de sons e imagens, por exemplo, a prestação do

aparecimento de equipamentos inovadores que permitem o acesso a aplicações e serviços novos e tradicionais que se integram gerando valor agregado; (iii) a convergência da indústria/mercado – que reúne no mesmo campo indústrias como as de tecnologia da informação, telecomunicações e audiovisuais, as quais anteriormente operavam em mercados distintos; (iv) a convergência regulatória, legislativa e institucional – que decorre da necessidade de regulação e monitoramento da convergência ocorrida nos níveis já tratados e da necessária regulamentação que trate de conteúdos e/ou serviços de forma independente das redes sobre as quais eles são fornecidos (regulação tecnologicamente neutra).” FILGUEIRAS, Rodrigo Abdalla de Souza; OLIVEIRA, João Maria de; KUBOTA, Luiz Claudio. Efeitos da convergência sobre aplicação de políticas públicas para fomento dos serviços de informação e comunicação. In: **Panorama da Comunicação e das Telecomunicações no Brasil**. Brasília: IPEA, 2010..

¹⁷⁶ MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna. Políticas Públicas para as comunicações no Brasil: adequação tecnológica e liberdade de expressão. **Revista de Administração Pública da FGV**, n. 42, 2008, mar/abr 2008. p. 309.

serviço depende do uso do espectro de radiofrequência – que é um bem público escasso, gerido pelo poder público, cuja utilização depende de prévia autorização estatal. Dada esta natureza de bem público e a escassez do espectro, é possível afirmar que a alocação dessas frequências deve ser feita considerando-se a satisfação do maior número possível de usuários (tanto no sentido de qualidade e eficiência do serviço, quanto no sentido de identificação e satisfação com o conteúdo veiculado)¹⁷⁷. Por sua vez, os serviços de televisão por assinatura – que também podem ser prestados através de radiofrequências, além de cabo e satélite -, demandam um volume de investimento considerável por parte do interessado e do poder público (que, indiscutivelmente, é quem deve promover a construção da infraestrutura necessária ao desenvolvimento econômico de cada país)¹⁷⁸.

Por sua vez, a regulação do conteúdo trata da mensagem difundida pelo veículo em si, seja na forma de informação, cultura ou entretenimento; trata-se do conteúdo de sua expressão. A regulação de conteúdo costuma ser comumente reduzida ao título de “censura” o que, em certo grau, empobrece o debate e intimida o potencial democrático de possíveis políticas públicas para o setor. É claro que a preocupação com a censura estatal jamais deve ser banalizada; infelizmente, foi esta a atuação estatal no conteúdo da mídia mais eficiente e duradoura da experiência brasileira. No entanto, é necessário entender a regulação de conteúdo não como uma vedação da liberdade de imprensa, mas como um instrumento promotor das liberdades de comunicação da coletividade.

Cabe à regulação do conteúdo garantir a proteção e a promoção de uma série de bens constitucionais, como a proteção de menores, do consumidor e da cultura nacional, sempre observando: (i) a liberdade de comunicação do veículo, seja na forma de liberdade de expressão, liberdade de imprensa, de liberdade editorial ou de liberdade de programação, bem como em todas as suas possíveis manifestações; e (ii) a liberdade de comunicação dos diferentes grupos sociais e políticos que compõem o debate público. Ademais, os mecanismos aplicados aos veículos de comunicação com vistas a promover a pluralidade de informação necessária à instrução do processo de formação de preferências pessoais também podem ser

¹⁷⁷ SARAVIA, Enrique. O novo papel regulatório do Estado e suas conseqüências na mídia. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio de Matos e PIERANTI, Octavio Penna (org.). **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 67.

¹⁷⁸ “A construção de infraestrutura, voltada principalmente para a radiodifusão, para a telefonia e para sistemas outros de transmissão de dados, demanda investimentos, em parte estatais, bem como o reconhecimento por parte do Estado de que as comunicações são fundamentais para a estratégia de desenvolvimento a ser adotada. Nos países periféricos [...] a ação do Estado é a maneira principal de se criar a infraestrutura necessária às comunicações, seja por causa da carência de recursos para altos investimentos na incipiente iniciativa privada, seja por questões de foro ideológico.” MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna. Políticas Públicas para as comunicações no Brasil: adequação tecnológica e liberdade de expressão. **Revista de Administração Pública da FGV**, n. 42, 2008, mar/abr 2008. p. 309.

implementados através da regulação de conteúdo (como é o caso recorrente das cotas de conteúdo e dos direitos de acesso, que serão tratados na seção 3.5.2 infra).

É com base nessas duas frentes, e considerando todas essas peculiaridades, que as políticas regulatórias direcionadas à mídia costumam atuar; a partir da observação dos modelos de regulação mundo afora, é possível observar algumas políticas comumente implementadas no setor, conforme descrito a seguir¹⁷⁹.

3.2.1 Órgão regulador independente

A fim de garantir a conformação da dinâmica do mercado com os fins constitucionais que orientam as suas atividades, é comum a adoção de autoridades reguladoras independentes voltadas para a mídia. Dadas as especificidades técnicas do setor e a sua importância política, a eleição de um órgão administrativo autônomo e especializado¹⁸⁰ se justifica como meio de prevenir a captura da elaboração de políticas regulatórias por instituições públicas e privadas, cujos interesses destoem das finalidades constitucionais reservadas às mesmas. Nas experiências democráticas visitadas no estudo do direito comparado, a adoção de uma ou mais entidades reguladoras independentes com essa função beira a unanimidade, podendo variar, além do número de órgãos envolvidos, a abrangência de suas competências.

Na América do Norte, é possível verificar a adoção da *Federal Communications Commission*, nos Estados Unidos, e da *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, no Canadá.

A prática também é altamente difundida no continente europeu. No âmbito geral da União Européia foi criado, em 1995, o “Grupo de Reguladores Europeus de Redes e Serviços de Comunicação Eletrônica ou Plataforma Européia de Autoridades de Regulação” (“*EPRA Broadcasting*”). Esta entidade tem por objetivo fomentar a cooperação e coordenação das autoridades nacionais de regulação com a Comissão Européia, promover o desenvolvimento do mercado interno de redes e serviços de comunicação eletrônica, e conseguir a aplicação efetiva, em todos os Estados-membros, das determinações do marco regulatório europeu¹⁸¹.

¹⁷⁹ O “setor” tratado aqui ainda é o da comunicação social como um todo, abrangendo todos os segmentos de mídia supramencionados. No entanto, grande parte das regras específicas (como restrição de publicidade e classificação indicativa, por exemplo) são direcionadas ao segmento de televisão, o que se justifica diante da sua abrangência tradicionalmente superior a dos outros veículos.

¹⁸⁰ Sobre o surgimento dessas entidades e as suas características, em Europa, Estados Unidos e Brasil, cf. ARAGÃO, 2009 e BINENBOJM, 2006, p. 239-269.

¹⁸¹ SARAVIA, 2008, p. 65.

Em nível nacional, a função fica a cargo do *Office of Communications* no Reino Unido, do *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*, na França, e da *Autorità per Le Garanzie nelle Comunicazioni*, na Itália. Por sua vez, a Espanha instituiu recentemente, através da Lei 7, de 01 de abril de 2010 ('Ley General de la Comunicación Audiovisual') o *Consejo Estatal de Medios Audiovisuales*, após um processo de discussão no âmbito do poder legislativo iniciado em 1995¹⁸². Em Portugal, a função fica a cargo da Autoridade Nacional de Comunicações e da Entidade Reguladora para Comunicação Social (que trata exclusivamente da regulação de conteúdo em todas as plataformas de mídia).

Por fim, Austrália e Argentina também cuidaram de reservar a regulação do mercado de comunicação a uma entidade reguladora independente, através, respectivamente, da *Australian Communications and Media Authority* e da *Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual*. A entidade argentina foi instituída pela Lei 26.522, de 10 de outubro de 2009, responsável por modernizar o marco regulatório da comunicação social no país, que até então ainda operava sob a legislação promulgada à época do regime ditatorial que governou o país entre 1976 e 1983.

Guardadas as peculiaridades cabíveis, é possível dizer que essas entidades, em geral, têm competências que abarcam desde a concessão e fiscalização do uso de infraestrutura até a regulação de conteúdo - incluídos aspectos como direito de resposta, garantias de pluralismo e diversidade, proteção de menores e de grupos minoritários e cumprimento de cotas de programação independente e regional, dentre outros.

No Brasil, não há unificação das competências relativas ao mercado de comunicação. Na verdade, o arranjo institucional é relativamente disperso, sendo possível verificar que algumas competências de regulação de infraestrutura e de serviços de TV por assinatura ficam a cargo da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). A regulação de radiodifusão (TV aberta) fica a cargo do Ministério das Comunicações (à exceção da gestão do espectro de radiofrequência, protagonizada pela ANATEL) e a proteção de crianças e adolescentes é regulada pelo Ministério da Justiça. Ainda, as competências relativas à regulação e fomento do mercado audiovisual são reservadas à Agência Nacional do Cinema (ANCINE).

Diante deste cenário, a necessidade de um órgão regulador que englobe essas características já foi apontada pela doutrina nacional¹⁸³ e pela Organização das Nações

¹⁸² Sobre esse processo, vide RALLO LOMBARTE, 2002, p. 140-141.

¹⁸³ No entendimento de Fábio Konder Comparato, é essencial que o setor de comunicação brasileiro seja regulado e fiscalizado por órgão administrativo autônomo, não subordinado aos poderes executivo ou legislativo. (COMPARATO, 2003, p. 164.) Por sua vez, André de Godoy Moraes entende que a autoridade ou agência reguladora independente seria justificável pelos seguintes motivos: (i) separação da atividade de

Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura – UNESCO¹⁸⁴.

3.2.2 Proteção de crianças e adolescentes

A proteção de menores de idade é um traço comum às políticas regulatórias nos serviços de televisão (aberta e fechada), e tem como escopo evitar que essa parcela do público em idade de formação emocional e intelectual, seja exposta a materiais que possam causar danos morais, psicológicos ou físicos¹⁸⁵.

O art. 17 da Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças reconhece que, diante do papel fundamental desempenhado pelos meios de comunicação, é necessário que os mesmos, no decorrer de suas operações, zelem pelos interesses das crianças e adolescentes.¹⁸⁶ Seguindo o mandamento do dispositivo, a proteção de menores também é

outorga de concessões, permissões e autorizações para os serviços de radiodifusão do poder político (Poderes Executivo e Legislativo federais); (ii) regulação e fiscalização, por órgão independente, dos serviços de radiodifusão, inclusive no tocante ao cumprimento do disposto no artigo 221 da Constituição Federal de 1988, no que tange à produção e programação das emissoras de rádio e televisão; (iii) constituição de espaço e mediação de interesses conflitantes (das emissoras de rádio e televisão, dos Poderes Públicos e da coletividade); (iv) proteção e promoção do interesse coletivo, e (v) promoção da pluralidade de veículos de mídia independentes e autônomos e a garantia de pluralismo político e da diversidade cultural no setor de comunicação social. (MORAES, André de Godoy. **Meios de Comunicação no Brasil: Promoção do Pluralismo, Direito Concorrencial e Regulação**. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Mimeografado, 2009.. 385-386.)

¹⁸⁴ De acordo com a recomendação. “É necessário criar uma nova autoridade reguladora, independente e única, para supervisionar as atividades relacionadas à radiodifusão. Esta nova autoridade deve assumir e fundir muitas das funções das principais autoridades atuais, aproveitando sua expertise coletiva e utilizando a base de conhecimentos existente. A autoridade reguladora única deve ser responsável por: assessorar o governo na alocação de espectro para difusão – uma tarefa que será necessária com a transição para a televisão digital; administrar os processos de solicitação e concessão de licença; analisar as solicitações de licença e de renovação, fazendo recomendações ao Congresso sobre as outorgas e renovações; estabelecer padrões de qualidade para o conteúdo, de programas e publicidade, preferencialmente trabalhando em conjunto com os órgãos do setor como correguladores na aplicação dos padrões; garantir que a quantidade de publicidade e o horário de sua veiculação atendam aos critérios estabelecidos pela legislação; supervisionar a implantação das obrigações positivas de produção de programas, inclusive garantindo que as emissoras gradualmente atendam a suas cotas de produção doméstica e independente; trabalhar juntamente com o órgão regulador da concorrência para aplicar as regras de concentração de propriedade de mídia, assim como para lidar com suspeitas de violação às regras gerais antitruste e abusos daqueles que detêm posição dominante no mercado; estabelecer um conjunto de sanções graduais e progressivas para uma melhor aplicação das regras de concessão, dos padrões de qualidade etc., bem como das leis relativas à radiodifusão; promover as boas práticas entre as emissoras, estimular nos telespectadores e ouvintes a visão crítica sobre mídia com o uso consciente dos seus conteúdos.” MENDEL, Toby; SALOMON, Eve. **O ambiente regulatório para radiodifusão: uma pesquisa de melhores práticas para os atores-chave brasileiros**. UNESCO, série Debates CI, n. 7, 2011. Disponível em: <<http://www.unesco.org>>. Acesso em: 23 mar. 2011. p. 20.

¹⁸⁵ Ibid., p. 29-30.

¹⁸⁶ Na íntegra: “Artigo 17: Os Estados Partes reconhecem a função importante desempenhada pelos meios de comunicação e zelarão para que a criança tenha acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes: a) incentivarão os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, de acordo

comum à maior parte dos países estudados. Em geral, ela é feita através de regras de classificação indicativa ou em obrigações de instalação de dispositivos eletrônicos que permitam que os responsáveis bloqueiem o acesso a determinados canais e conteúdos exibidos em televisão aberta digital ou em televisão por assinatura¹⁸⁷.

No âmbito do direito brasileiro, a Constituição Federal prevê em seu art. 21, inciso XVI, que compete à União “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”. Com vistas à regulamentar esta disposição no que se aplica às obras audiovisuais destinadas à televisão, o Ministério da Justiça publicou a Portaria nº 1.220, de 11 de julho de 2007. Conforme a regra destaca, a classificação tem efeito meramente indicativo, cabendo aos responsáveis pelos menores a decisão final sobre o acesso aos conteúdos audiovisuais veiculados.

3.2.3 Restrições à publicidade televisiva

Pode-se dizer que as restrições à publicidade televisiva têm foco na proteção do telespectador como consumidor. Em geral, consistem em regras que limitam a quantidade de propaganda que pode ser veiculada na programação, bem como alguns tipos específicos de ação publicitária, como aquelas conhecidas como “colocação de produto” e *merchandising*¹⁸⁸.

Segundo Eve Solomon¹⁸⁹, a premissa que embasa a regulação de publicidade é a de que ela deve ser: (i) legal, estando de acordo com todas as leis aplicáveis à matéria; (ii) honesta, no sentido de não promover, difamar ou comparar levemente os produtos do

com o espírito do Artigo 29; b) promoverão a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações e desses materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais; c) incentivarão a produção e difusão de livros para crianças; d) incentivarão os meios de comunicação no sentido de, particularmente, considerar as necessidades lingüísticas da criança que pertença a um grupo minoritário ou que seja indígena; e) promoverão a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em conta as disposições dos Artigos 13 e 18”.

¹⁸⁷ Note-se que a televisão aberta em tecnologia analógica não permite tal mecanismo.

¹⁸⁸ Apesar de serem práticas semelhantes, a colocação de produto e o merchandising podem ser diferenciadas em relação à sua inserção dentro da programação: enquanto a colocação de produtos é totalmente inserida dentro do roteiro de uma obra audiovisual (quando, por exemplo, o personagem de uma novela toma uma lata de refrigerante de determinada marca), as ações de merchandising geralmente têm um roteiro próprio dentro de algum componente da programação (quando, por exemplo, o apresentador de um programa de auditório chama o representante de um determinado produto ou serviço para discorrer sobre o mesmo).

¹⁸⁹ No entendimento da autora, caberiam às obras publicitárias restrições de conteúdo mais enfáticas do que aquelas aplicáveis à programação regular, dado que os telespectadores e ouvintes não teriam escolha sobre assistir ou não aos comerciais, pela forma abrupta como eles são transmitidos no meio da programação. SOLOMON, Eve. **Guidelines for Broadcasting Regulation**. 2. ed. Londres: Commonwealth Broadcasting Association, 2008 p. 51.

anunciante com aqueles de seus concorrentes¹⁹⁰; e (iii) decente, respeitando regras de proteção de menores e de vedação a discurso ofensivo e verdadeira.

As regras de publicidade tanto podem ser implementadas pelos órgãos reguladores do setor de mídia, quanto podem ser objeto de autoregulação do próprio setor – que é o que acontece no Brasil, onde o “Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária” (“CONAR”) é a entidade responsável por instituir e fiscalizar as regras do setor. Segundo o art. 5º de seu estatuto, estão entre os seus objetivos: (i) zelar pela comunicação comercial; (ii) funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto a indústria da propaganda; (iii) oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, aos consumidores em geral e às autoridades públicas; (iv) divulgar os princípios e normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária; (v) esclarecer a opinião pública sobre a sua atuação regulamentadora de normas éticas aplicáveis à publicidade comercial; e (vi) atuar como intermediário entre veículos de comunicação e anunciantes, e como salvaguarda de seus interesses legítimos e dos consumidores.

3.2.4 Regras de imparcialidade

Nos sistemas de regulação europeus, é possível verificar a existência de regras de imparcialidade em relação ao conteúdo jornalístico veiculado nos meios de comunicação. Trata-se da mesma inspiração que deu origem à já revogada *fairness doctrine* estadunidense, que foi exposta na 3.2.2 supra. Como esta doutrina já foi abolida, hoje os veículos de comunicação daquele país são dotados de um grau de liberdade editorial que lhes permite filtrar a informação divulgada conforme as suas concepções individuais¹⁹¹.

Essas medidas são adotadas, principalmente, no âmbito dos serviços de televisão (que, de fato, têm uma abrangência qualificada), e têm por objetivo principal garantir um nível mínimo de imparcialidade nas coberturas de notícias, de forma que a sociedade possa ter acesso a um conteúdo verídico e plural.

¹⁹⁰ Note-se que a autora reflete aqui o entendimento que predomina no âmbito da União Européia, mas as práticas que caracterizam a concorrência desleal variam em diversos ordenamentos jurídicos. Nos Estados Unidos, por exemplo, a mera comparação de produtos em propaganda televisiva, mesmo que com menção expressa ao concorrente, não é considerada desonesta.

¹⁹¹ SOLOMON, 2008, p. 13.

3.2.5 Sistema de radiodifusão pública, privada e estatal

Na grande maioria dos países europeus, assim como nos Estados Unidos, convivem com os agentes privados que atuam no setor de televisão¹⁹² as entidades de televisão pública e estatal¹⁹³.

Conforme aponta Lesley Hitchens, um dos problemas dos serviços de televisão prestados por agentes privados é o fato de serem financiados por verbas oriundas de publicidade. Isto, em algum grau, vincularia a sua prestação aos interesses dos anunciantes, mais do que às necessidades e interesses da audiência¹⁹⁴. Nesse sentido, a atuação de agentes públicos seria uma alternativa para o fornecimento de programas de maior qualidade artística e de maior diversidade cultural, de programas de debates sobre questões políticas e sociais e, de programas educativos para crianças e de programas de notícias guiados pelo interesse público¹⁹⁵.

Como ficará mais claro na próxima seção, esse modelo vai ao encontro das políticas de promoção do pluralismo, uma vez que privilegia a diversificação de fontes de incentivo às atividades de programação televisiva. Geralmente, ele é acompanhado de regras de pluralismo interno mais rigorosas para o setor público (onde a existência de um único agente financiador deve ser dirimida através de obrigações de conteúdo).

No caput do art. 223, a Constituição Federal prevê a instituição de um sistema de radiodifusão composto por emissoras de natureza privada, pública e estatal¹⁹⁶. Nesse sentido, foi autorizada a criação da “Empresa Brasileira de Comunicação – EBC” através da Lei 11.652, de 07 de abril de 2008, que teria o objetivo de implantar e operar emissoras e explorar o serviço de radiodifusão pública.

Não obstante a iniciativa do legislador (hoje perseguida pelo poder executivo) estar

¹⁹² Incluída a radiodifusão de sons e imagens ou TV aberta e a TV paga. Nesses países, o termo “Broadcasting” se refere a esses serviços como um todo; aqui, por força dos art. 21 da Constituição Federal, os serviços de radiodifusão de sons e de sons e imagens (rádio e televisão aberta) são tratados separadamente dos serviços de televisão por assinatura, que são serviços de telecomunicações.

¹⁹³ As Tv’s estatais são aquelas de propriedade de órgãos ou entidades vinculados à administração pública, e voltados preponderantemente para a comunicação institucional (é o caso, por exemplo, da TV Câmara e da TV Senado). Por sua vez, TV’s públicas, ainda que financiadas pelo Estado, seriam de propriedade entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, veiculando programação equivalente à das TV’s privadas comerciais.

¹⁹⁴ HITCHENS, Lesley. **Broadcasting pluralism and diversity**: a comparative study of police and regulation. Oxford: Hart Publishing, 2006. p. 66.

¹⁹⁵ MORAES, 2009, p. 374.

¹⁹⁶ “Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.”

em total consonância com o texto constitucional, é preciso destacar que, para que esse sistema cumpra seus objetivos de diversidade e função social, é necessário que a se estabeleça uma coexistência equilibrada¹⁹⁷ entre os três tipos de agentes – o que ainda não acontece na realidade brasileira.

3.3 A regulação de pluralismo – essência, formas e distinções

A proteção do pluralismo – entendido de uma forma geral como o objetivo de garantir um acesso à mídia equilibrado, justo e imparcial de todas as opiniões e pontos de vista políticos – é componente característico de grande parte do arcabouço regulatório das democracias modernas. Ele se concretiza através da preocupação em garantir o acesso a diferentes veículos de mídia a todos os atores políticos e sociais da esfera pública. Essa proteção se baseia na crença de que, em uma sociedade democrática, é importante que os cidadãos tenham acesso a uma ampla gama de fontes de informação, de opiniões e pontos de vista, de forma que possam fazer escolhas informadas sobre os assuntos em pauta no debate público¹⁹⁸.

De acordo com o que foi exposto na Parte 1 do trabalho, o resguardo de pluralismo na mídia se relaciona com uma concepção de democracia de acordo com a qual o regime se legitima através da participação efetiva dos indivíduos no debate e não apenas no momento de escolha dos representantes. Deve haver participação também nos momentos de deliberação sobre as instituições e políticas públicas a serem adotadas pelo governo, de tal forma que seja possível que as decisões consignadas pelas esferas de poder reflitam um resultado do debate travado pela coletividade. Além disso, a promoção de pluralismo decorre da proteção constitucional da dimensão objetiva da liberdade de expressão.

Em relação à sua forma de implementação, os meios de promoção do pluralismo podem ser classificados em duas categorias, relativas aos mecanismos de promoção do “pluralismo externo” e do pluralismo interno¹⁹⁹.

¹⁹⁷ MORAES, op. cit., p. 376.

¹⁹⁸ WARD, David. Media Concentration and Pluralism: Regulation, Realities and the Council of Europe’s Standards in the Television Sector. in: **Relatório da Comissão Europeia pela Democracia através do Direito (Comissão de Veneza)**. Strasbourg: Conselho Europeu, 2005. Disponível em: <[http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-UDT\(2005\)004-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-UDT(2005)004-e.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2010.

¹⁹⁹ “When we define pluralism as the objective of ensuring a balanced, fair and unbiased access of all political opinions and views to the media we leave unspecified an important part of the question: do we want citizens to find a full range of political views expressed among the existing media outlets in an overall media market or do we want individual media outlets to host a variety of opinions across the ideological spectrum? The

As regras de pluralismo interno²⁰⁰ são voltadas para a diversificação do conteúdo dentro de cada veículo; elas visam a garantir que o público tenha acesso a uma variedade de mensagens, cuja qualidade e diversidade retratem suficientemente os diferentes pontos de vista e necessidades presentes em um estado democrático.

Conforme será demonstrado na próxima seção, essas regras podem se expressar em diferentes mecanismos; no entanto, resta claro que a maior parte destes mecanismos configura o que Jónatas E. M. Machado chama de “direitos de acesso” aos meios de comunicação. Segundo o autor, estes servem de antídoto à concentração da mídia e à subtração da disponibilidade dos indivíduos e dos grupos social ou economicamente desfavorecidos²⁰¹. Segunda a lógica que fundamenta a consagração de direitos de acesso, a prerrogativa de se expressar publicamente deve ir além do simples direito de obter informação e de livre expressão, garantindo acesso aos meios de comunicação, bem como condições técnicas para produção e veiculação das informações. A simples livre expressão, sem qualquer prerrogativa, implica tão-somente assegurar que os cidadãos possam manifestar-se sobre os temas desejados de acordo com a sua opinião, mas sem meios para reverberar isso publicamente²⁰².

Por interferir diretamente no conteúdo veiculado pelos meios de comunicação, podendo afetar em graus variados as liberdades editorial e de programação de acordo com seus critérios de implementação, os mecanismos voltados ao pluralismo interno exigem maior cautela por parte do poder público. Assim, geralmente eles são conjugados com medidas

former characteristic is usually called External Pluralism. The later is called Internal Pluralism” Tradução livre: “Quando nós definimos pluralismo como o objetivo de assegurar o acesso imparcial e balanceado de todas as opiniões políticas e pontos de vista à mídia, deixamos indefinida uma parte importante da questão: nós queremos que os cidadãos encontrem uma ampla gama de pontos de vista entre os agentes existentes na mídia ou queremos que esses agentes observem uma variedade de opiniões dentro de um espectro ideológico? A primeira característica é usualmente referida como Pluralismo Externo. A segunda é chamada Pluralismo Interno.” POLO, Michele. **Regulation for Pluralism in the Media Markets**. Milão: Universidade de Bocconi e IGIER, 2005., p. 3.

²⁰⁰ “[...] internal pluralism [...] is distinguished from structural regulation in that it employs behavioural regulation: broadcasters are obliged, through legal instruments to provide for pluralism within their television service. Questions of coverage, quality and diversity of programming rather than the amount of actors present in the market largely govern the objective of achieving internal pluralism.” Tradução livre: “[...] pluralismo interno [...] se distingue da regulação estrutural por empregar uma regulação comportamental: emissoras são obrigadas, através de instrumentos legais, a assegurar pluralismo dentro de seu serviço televisivo. Questões relacionadas a cobertura jornalística, qualidade e diversidade da programação, ao invés da quantidade de agentes atuantes no mercado, são as que determinam os objetivos de alcançar pluralismo interno.” WARD, Op. cit., p. 3.

²⁰¹ MACHADO, 2002. p. 678. Segundo o autor, “os direitos de acesso constituem a extensão natural ao domínio dos meios de comunicação da clássica doutrina do fórum público, que preconizava a abertura dos espaços públicos à comunicação e à discussão. O fundamento dos direitos de acesso consiste nos já referidos princípios da igualdade de oportunidades comunicativas e do pluralismo de expressão, associadas ao objetivo de estruturas numa esfera pública de discussão alargada a todos os domínios da vida social.” (p. 679).

²⁰² BRITTOS, Valério Cruz; COLLAR, Marcelo Schmitz. Direito à comunicação e democratização no Brasil. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio de Matos e PIERANTI, Octavio Penna (org.). **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 72.

voltadas ao pluralismo externo.

Este, por sua vez, se refere à diversidade de agentes atuando no mercado de comunicação social, o que garantiria a difusão de informações plurais, já que originadas de diferentes pontos de vista. Desta forma, as políticas públicas com este objetivo se caracterizam, na maior parte dos casos, por medidas que combatem a concentração dos meios de produção e distribuição da informação nas mãos de um número limitado de agentes.

No âmbito do direito concorrencial, Calixto Salomão Filho ensina que as concentrações econômicas podem ser classificadas em três categorias: (i) concentração horizontal, que se processa entre concorrentes; (ii) concentração vertical, que se processam entre empresas que operam em diferentes níveis da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais, e (iii) a formação de conglomerados, que engloba concentrações em que as atividades dos agentes econômicos não guardam relação entre si²⁰³. Guardadas as devidas peculiaridades, o levantamento de mecanismos de promoção do pluralismo externo da próxima seção demonstra que as medidas de desconcentração do mercado de comunicação abrangem essas três perspectivas. No entanto, o critério utilizado para medir o nível de concentração pode transcender o da participação societária, passando por limites de licença para operação de serviço e índices de audiência. Ademais, a concentração que se busca combater no âmbito dos meios de comunicação social não é apenas econômica, mas também política, o que demanda uma análise que se direcione também aos aspectos desta natureza.

Não obstante, o paralelo ilustrado pela definição permite constatar que o combate às estruturas nas políticas regulatórias dos meios de comunicação social também enfrenta a concentração nesses três níveis: entre empresas de mídia do mesmo setor (fiscalizando, por exemplo, a compra de uma empresa de jornal por uma empresa que já possua veículos impressos da mesma natureza); entre empresas que atuam em diferentes etapas do processo de produção (como, por exemplo, entre as empresas de produção, programação e distribuição de conteúdo); e entre empresas que atuam em segmentos de mídia diversos (fiscalizando, por exemplo, a compra de um jornal por agente econômico que já detenha controle acionário sobre uma empresa de televisão aberta, ou de rádio).

A implementação eficiente dessas medidas demanda a consideração de uma série de fatores. Dentre eles, estão os custos envolvidos na entrada e permanência do agente no mercado e a disponibilidade de infraestrutura necessária ao exercício da atividade – que variam de acordo com o segmento de mídia de que se trata. Por este motivo, os mecanismos

²⁰³ SALOMÃO FILHO, Calixto: **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 300.

de promoção do pluralismo externo são implementados em termos distintos, de acordo com as plataformas de comunicação em questão.

Dado que a entrada de agentes no mercado é assegurada através da garantia de livre concorrência, cabem algumas considerações sobre a conjugação da regulação de pluralismo externo com o direito concorrencial.

3.3.1 Pluralismo externo e concorrência

Num primeiro momento, seria possível questionar a necessidade de aplicação de uma regulação pluralista à mídia em uma ordem jurídica que já consagra o direito antitruste – que, ao proteger a concorrência, garante a livre entrada de agentes e previne a concentração de poder econômico nos mercados brasileiros. De fato, compõe a estrutura administrativa do governo federal brasileiro o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pelos três órgãos encarregados desta função: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, a Secretaria do Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça (ambas com competência de natureza investigativa e analítica) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça a quem compete analisar e julgar os processos administrativos que tratem a defesa da concorrência, nos termos da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

Conforme se verifica no art. 54, o CADE tem competência para apreciar e julgar quaisquer atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços²⁰⁴.

Partindo da noção básica de que um mercado de comunicação plural é aquele em que estão refletidos opiniões e pontos de vista políticos distintos, verifica-se uma relação necessária entre as regras de direito concorrencial e a regulação do pluralismo. Trata-se, justamente, da possibilidade irrestrita dos agentes econômicos ingressarem no mercado (independente de suas concepções políticas ou linhas editoriais adotadas) e no combate às estruturas de monopólio e oligopólio da informação. No entanto, considerando os fins

²⁰⁴ Segundo o parágrafo terceiro do mesmo dispositivo, dentre estes atos estão aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ou que impliquem participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00.

inerentes à promoção do pluralismo, a proteção da concorrência não seria suficiente para garanti-los, pois são matérias que protegem bens jurídicos e buscam objetivos distintos, inspiradas por valores e bases principiológicas diferentes entre si²⁰⁵.

Em linhas gerais, a regulação da mídia tem por objetivo principal assegurar o pleno exercício da liberdade de expressão e garantir o acesso à informação, que constituem direitos fundamentais individuais e democráticos dos indivíduos. Por sua vez, o direito concorrencial se preocupa em assegurar as condições necessárias à existência de efetiva competição, sem, necessariamente, considerar estes postulados no escopo de suas atribuições. Segundo Petros Iosifides, o direito concorrencial tem por objetivo garantir que a competição não seja ameaçada por estruturas de mercado ou por condutas dos agentes; no entanto, a sua aplicação ao mercado de mídia nem sempre pode resguardar outros valores e objetivos políticos, como pluralismo, diversidade e liberdade de expressão²⁰⁶.

É possível dizer, então, que a regulação pró-concorrência protege os competidores deles mesmos, a fim de garantir a operacionalidade do mercado, e que a consecução dos objetivos de pluralismo e diversidade não configura preocupação primária das autoridades desta natureza. Constata-se, então, que a análise concorrencial de atos que possam gerar concentração de mercado tem compromisso não apenas com a garantia de competição, mas também com a busca por eficiência econômica – conforme revela a leitura da alínea “c” do art. 54, §1º, I da Lei 8.884/94²⁰⁷:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

²⁰⁵ “Although regulatory limits on market shares in the media market are often labelled as antitrust restrictions, it is important to stress that competition policy is inspired in public goals (welfare and efficiency) and applied in practice in ways that are not necessarily consistent with regulation for pluralism. Hence, competition policy cannot be considered as a complete substitute for the public policies for pluralism, although in some areas pluralism benefits from antitrust interventions.” Tradução livre: “Embora os limites regulatórios para as quotas de mercado no segmento midiático sejam frequentemente rotulados como restrições ‘antitruste’, vale ressaltar que a política para a concorrência se inspira nos objetivos públicos (bem-estar e eficiência), sendo aplicada, na prática, sob formas que não são necessariamente condizentes com a regulação do pluralismo. Assim, a política para a concorrência não pode ser considerada um substituto completo para as políticas públicas de pluralismo, embora em algumas áreas o pluralismo se beneficie das intervenções antitruste” POLO, 2005, p. 24

²⁰⁶ IOSIFIDES, Petros. Pluralism and Media Concentration Policy in the European Union. In: **Journal of the European Institute for Communication and Culture**, 1994. Disponível em: <<http://www.javnost-thepublic.org/>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

²⁰⁷ Segundo Pedro Dutra, o resguardo da eficiência seria uma forma de balancear os objetivos do direito concorrencial face ao fenômeno natural da concentração de mercado; presentes as eficiências, os efeitos do ato de concentração deixariam de ser nocivos à concorrência, podendo assim, ser admitidos. DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do art. 54 da Lei 8.884/94. **Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo**, vol. 3, nº 8, 1996. p. 5-25.

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) **propiciar a eficiência** e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;” (grifo nosso).

Conforme esclarece Alexandre Ditzel Faraco, de acordo com a disciplina geral do poder econômico estabelecida pela Constituição Brasileira, inexistente uma vedação *a priori* a certas manifestações estruturais. Pressupõe-se a sua legitimidade dentro do sistema, de forma que a existência de concentração em si não se apresenta como ilegítima, a menos que de tal configuração estrutural seja resultante uma atuação abusiva do respectivo agente econômico²⁰⁸. Desta feita, cabe notar também o entendimento de André de Godoy Moraes, no sentido de que não há que se falar em ilicitude *per se* dos atos de concentração. É possível às empresas objeto da operação de concentração demonstrar que a mesma, ainda que implique em restrição à livre iniciativa ou domínio de mercado relevante, tem o potencial de gerar bons efeitos econômicos, e que os danos à concorrência são inofensivos ou de pequena amplitude.²⁰⁹

Do ponto de vista da promoção do pluralismo, a principal consequência deste atrelamento ao conceito de eficiência é a possibilidade de um ato de concentração entre empresas de mídia ser aprovado, desde que considerado economicamente eficiente, independente de seu potencial restritivo da diversidade de opiniões e de fontes de informação dentro do mercado.

Observe-se que alguns autores tratam da questão do pluralismo como um dever de observação das autoridades antitrustes brasileiras, com base no §5º do art. 220 da Constituição Federal, segundo o qual “*os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio*”. Para Caio Mário da Silva Pereira Neto, o regime estabelecido no art. 220 difere-se do regime geral de defesa da concorrência erigido pelo art. 173, § 4º, que determina a repressão ao abuso de poder econômico. Segundo o autor, a proibição de estruturas concentradas no mercado de comunicação social independe da constatação de qualquer abuso (efetivo ou potencial) perpetrado pelos meios de comunicação, constituindo a norma do art. 220 uma proibição *per se* da concentração empresarial²¹⁰. Considerando o regime jurídico dos meios de comunicação social eleito pelo

²⁰⁸ FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e mídia: fundamentos para uma análise jurídica. Biblioteca Digital **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, abr./jun. 2009, Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 12 nov. 2009. p. 107.

²⁰⁹ MORAES, 2009, p. 248.

²¹⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública. **Revista de Direito da Concorrência** (Edição Especial – retrospectiva 2003) 2003. p. 56-87. p. 67.

texto constitucional, o seu papel nas sociedades democráticas²¹¹ e a insuficiência da disciplina geral de direito da concorrência no tocante à implementação do referido regime, o autor defende que o mesmo impõe três limitações à interpretação do art. 54 da Lei 8.884/94: (i) deve ser estabelecida uma presunção absoluta de prejuízo à concorrência nos casos que envolvam atos de concentração no mercado de comunicação social que possam levar à criação de monopólios ou oligopólios; (ii) deve haver uma presunção absoluta de que os referidos atos eliminam parte substancial da concorrência no mercado relevante, não cumprindo a condição imposta pelo §1º, III do mesmo art. 54, e (iii) não cabe, nesses casos, a aplicação do §2º (segundo o qual poderão ser considerados legítimos os atos de concentração previstos que atendam pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final)²¹².

Na mesma linha, Alexandre Ditzel Faraco entende que há uma ilegitimidade *a priori* de estruturas concentradas no mercado de comunicação social, por força do art. 220, §5º da Constituição. Este dispositivo teria vinculado a legitimidade do poder econômico à sua manifestação de forma desconcentrada, identificando a existência de uma diversidade de agentes como indispensável para que essas atividades estejam voltadas à viabilização de pluralismo no espaço público.²¹³

Na experiência internacional, a constatação de que os mecanismos de defesa da concorrência não são suficientes para assegurar pluralismo no mercado de mídia já foi oficializada pela União Européia em relatório emitido pela Divisão de Mídia do Diretório Geral de Direitos Humanos do Conselho Europeu²¹⁴. No documento, se reconhece que, diante

²¹¹ “É inegável que a defesa da concorrência no setor de comunicação tem implicações ainda mais amplas que em setores como os de cerveja, de chocolates ou de supermercados. O impacto de práticas monopolistas naquele setor vai muito além da elevação de preços a níveis supracompetitivos, com conseqüente lesão aos consumidores e perda de bem-estar (deadweight loss). Aqui, o abuso de poder econômico afeta diretamente o debate político e cultural e, conseqüentemente, a liberdade de expressão, a autonomia individual e o bom funcionamento da democracia”, *Ibid.*, p. 56.

²¹² *Ibid.*, p. 84

²¹³ FARACO, 2002, p. 109. André de Godoy Moraes também entende pela aplicação do artigo 220, §5º aos atos de concentração do mercado de comunicação social, reconhecendo, ainda, a competência do CADE para fazê-lo: “Deve-se afastar desde já eventual questionamento da competência do CADE para promover o pluralismo da informação ou a diluição do poder no setor de mídia. O CADE está encarregado de aplicar todo o direito concorrencial brasileiro e não apenas a Lei 8.884/94. Ninguém nega que, em sua atuação. O CADE se pautar pelos princípios constitucionais do art. 37 e pelo disposto no art. 174, §3º da Constituição Federal. Assim, não é razoável sustentar que o CADE não possa aplicar, no tocante ao setor de comunicação social, o princípio do pluralismo da informação ou o artigo 220, §5º, da Constituição Federal, que proíbem a ocorrência de estruturas concentradas de mercado no setor de mídia.” MORAES, 2009, p. 324.

²¹⁴ COMUNIDADE Européia, Conselho Europeu, Divisão de Mídia, Diretório Geral de Direitos Humanos. Media Diversity in Europe. Strasbourg, 2002. Disponível em: <<http://www.ebu.ch/>>. Acesso em: 23 de maio de 2011, às 16:02.

desta insuficiência, alguns países-membros já adotaram políticas e até criaram entidades regulatórias com a finalidade específica de promoção de pluralismo e diversidade de conteúdo no mercado de comunicação social.

É o caso da Alemanha, onde existe tanto a Autoridade Federal de Defesa da Concorrência (“*Bundeskartellamt*”), quanto a Comissão de Concentração no Mercado de Mídia (“*KEK - Kommission zur Ermittlung der Konzentration in Medienbereich*”). A KEK é o órgão regulador independente dotado de competência em âmbito nacional para monitorar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais que protegem o pluralismo e a diversidade de opinião no mercado de televisão privada alemão. Dentre as suas atribuições, está a de examinar e aprovar os atos que envolvam transferência de participação societária em empresas de televisão privada, baseada no art. 26 do Tratado Interestatal Alemão sobre os Serviços de Televisão²¹⁵.

Não se trata, de maneira alguma, de dizer que não se aplica o direito concorrencial, ou que ele seja incompatível com a proteção de pluralismo. A proteção da concorrência e da livre iniciativa econômica pode ser entendida, no mínimo, como um requisito imprescindível à existência de pluralismo no mercado comunicação. Nesse sentido, Eduardo Jordão Ferreira destaca o papel que a proteção da concorrência exerce, por si só, na proteção do mercado de

²¹⁵ Segundo o art. 26 (4) do Tratado Interestatal de Serviços de Televisão, “(4) Caso uma empresa tenha adquirido poder dominante de opinião através dos canais que lhe são atribuídos, a Autoridade Estadual dos Meios de Comunicação, através da KEK, deverá propor as seguintes medidas para a empresa:

1. A empresa pode abrir mão de seu controle acionário em emissoras que lhe são atribuídas até que a quota de espectadores atribuída à seja reduzida ao patamar indicado no parágrafo 2 frase 1, ou; 2. A empresa pode, no caso definido no parágrafo 2 sentença 2, limitar sua posição mercadológica em mercados relacionados à mídia ou abrir mão de sua participação no controle das emissoras a ela atribuídas até que ela deixe de exercer um poder dominante de opinião nos termos do parágrafo 2 sentença 2 ou; 3. O KEK pode discutir as medidas possíveis com a empresa objetivando alcançar um acordo mútuo. Caso nenhum acordo seja feito ou as medidas acordadas entre a empresa e o KEK não sejam implantadas dentro de um período de tempo razoável, as Autoridades Estaduais em Meios de Comunicação podem, após o KEK ter demonstrado os fatos, revogar as licenças de tantos quanto sejam os canais atribuídos à empresa, conforme exigência visando assegurar que a empresa deixe de exercer poder dominante de opinião. O KEK então seleciona os canais a serem revogados após a análise das circunstâncias específicas de cada caso. Nenhum pagamento virá a ser feito por quaisquer perdas financeiras incorridas pela revogação da licença.” No original: (4) If an undertaking has acquired a dominant power of opinion with the channels attributable to it, the State Media Authority shall, through the KEK, propose the following measures to the undertaking: 1. The undertaking may give up its participating interests in broadcasters attributable to it until the attributable viewer share of the undertaking drops below the level stated in paragraph 2 sentence 1, or; 2. 2. It may, in the case defined in paragraph 2 sentence 2, limit its market position in media relevant related markets or give up its participating interests in broadcasters attributable to it until it no longer exercises a dominant power of opinion pursuant to paragraph 2 sentence 2 or; 3. The KEK shall discuss the possible measures with the undertaking with the aim of reaching a mutual agreement. If no agreement is reached or the measures which the undertaking and the KEK have mutually agreed upon are not implemented within a reasonable period of time, the State Media Authorities may, after the KEK has established the facts, revoke the licences of as many of the channels attributable to the undertaking as is required to ensure that the undertaking no longer exercises a dominant power of opinion. The KEK shall select the channels to be revoked after consideration of the special circumstances of each case. No compensation shall be granted for any financial loss incurred by the revocation of the licence.”

comunicação:

[...] um pressuposto da concorrência é a existência de múltiplos vendedores. Esta circunstância normalmente significa pluralidade de escolhas para o consumidor, que poderá ter opções atinentes à qualidade dos produtos, local e horário de compra etc. A diversidade implica a satisfação e o bem-estar de um maior número de consumidores, além de possibilitar benefícios anulares. No caso do mercado de comunicação, por exemplo, a diversidade tem implicações fundamentais não apenas na satisfação do consumidor, mas também na sua informação e na sua formação como cidadão. A diversidade, neste caso, corresponde a riqueza social. Aqui, a concentração poderia ter conseqüências nefastas para o desenvolvimento cultural e intelectual da população, circunstância que produz conseqüências de toda ordem (política, científica, social, artística). Sob um certo ângulo, é mesmo possível argumentar que a concorrência promove a consagração de liberdades individuais e de expressão, dentre as quais a liberdade de iniciativa e de consumo.²¹⁶

Ainda, consideradas as diferenças e peculiaridades de cada uma destas duas formas de regulação, há que se reconhecer que a consagração de uma política antitruste é de grande importância para a garantia de pluralismo, prevenindo a condução de práticas de mercado que possam acarretar um maior índice de concentração econômica.²¹⁷

Uma política pública voltada para a proteção da concorrência é o primeiro passo para a promoção do pluralismo externo no mercado de comunicação; contudo, não dispensa a implementação de mecanismos regulatórios com estas finalidades específicas – conforme demonstram as experiências que serão abordadas a seguir²¹⁸.

²¹⁶ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 25-26.

²¹⁷ Nesse sentido, a Divisão de Mídia do Diretório Geral de Direitos Humanos do Conselho Europeu diz que: “Within the European Union, the Directorate General for Competition is responsible for competition regulation, and a number of acquisitions and merger cases have been dealt with. Some of those cases have involved media companies. In many of the “media” cases in which the Directorate General for Competition has intervened, the intervention has had positive effects also in relation to freedom of expression and media pluralism. Generally speaking, however, competition legislation will only deal with a minority of relevant cases (from media pluralism point of view), and the decisions are often too restricted to meet the needs of the media and cultural concerns” Tradução livre: “Dentro da União Europeia, a Direção Geral da Concorrência é responsável pela regulação da concorrência, e uma série de aquisições e fusões têm sido realizadas. Alguns desses casos envolveram empresas de mídia. Em muitos casos de ‘mídia’ nos quais a Direção Geral da Concorrência interveio, a intervenção teve efeitos positivos também em relação à liberdade de expressão e ao pluralismo dos meios de comunicação. De um modo geral, no entanto, a legislação para a concorrência terá que lidar apenas com uma minoria de casos relevantes (do ponto de vista do pluralismo dos meios de comunicação), e as decisões são muitas vezes demasiado restritas para atender às necessidades da mídia e dos interesses culturais” (p.10)

²¹⁸ Ao recomendar a emissão de regras específicas de propriedade dos veículos de radiodifusão para o cenário brasileiro, relatório publicado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, indica que a responsabilidade pelo monitoramento e pela aplicação das regras de propriedade deve ser do próprio CADE, com apoio de uma nova autoridade reguladora independente, quando e se esta for criada. O relatório menciona, ainda, que o CADE deve ter recursos suficientes e desenvolver a *expertise* necessária para assumir esse papel. MENDEL, 2011.

3.4 Experiências no direito comparado

Estabelecidas as diretrizes gerais das políticas públicas voltadas para o mercado de comunicação social, e especificamente para a promoção de pluralismo dentro desses meios, cabe expor em linhas gerais como isto vem sendo feito em outros ordenamentos jurídicos.

A pesquisa no direito comparado é muito rica; a maior parte das democracias ocidentais já identificou o importante papel da mídia para o seu desenvolvimento, e nesse sentido, vem direcionando os mecanismos regulatórios de que dispõe para a consagração de uma esfera pública de debate livre e plural.

Diante da impossibilidade de inserir aqui a totalidade dessas experiências e suas peculiaridades, foram trazidos, ao longo do trabalho, fragmentos de experiências que corroboram com os pontos desenvolvidos. Até porque, a vasta experiência de regulação do pluralismo no direito comparado é um bom argumento a favor da sua implementação em regimes constitucionais democráticos (observadas, sempre, as peculiaridades de cada contexto político, econômico e social).

A fim de embasar este argumento, é necessário desenvolver uma abordagem exclusivamente dedicada ao direito comparado em dois momentos do trabalho: um deles, que segue na próxima seção, expõe a variedade e as formas de implementação dos mecanismos de promoção de pluralismo externo e interno verificados no direito comparado.

O outro, que ora se desenvolve, consiste em abordar a forma como a preocupação com o pluralismo vem sendo tratada em três contextos: no âmbito da União Européia, na Alemanha e nos Estados Unidos da América. Destacou-se estes dois últimos países porque, conforme ficará demonstrado, as suas experiências revelam maneiras distintas de tratar a regulação de mídia, que naturalmente, influencia o grau de pluralismo encontrado nesses mercados. A escolha pela explanação das regras da União Européia se deu diante da constatação de que o continente, de fato, guarda as experiências mais ricas e desenvolvidas na matéria. Através do estudo das regras da Comunidade, observa-se que a preocupação com o nível de pluralismo nos veículos de comunicação data de meados dos anos 80, quando o Parlamento Europeu começou a expedir os primeiros estudos e resoluções a favor da sua regulamentação pelos países-membros. Diante da impossibilidade de esboçar o contexto de cada país, tratar do direito comunitário permite um bom panorama geral. Sendo certo que as especificidades da regulação do audiovisual variam entre os países membros, a Comissão Européia e o Parlamento Europeu são os responsáveis por traçar as diretrizes das políticas a

serem implementadas pelos mesmos e consignar os bens jurídicos que devem ser protegidos no desenvolvimento do mercado comum.

3.4.1 União Européia

A União Européia possui uma forte tradição regulatória no campo do audiovisual, inclusive no tocante à promoção do pluralismo. Enquanto a primeira diretiva a regulamentar expressamente os regime dos serviços de televisão data de 1989, as primeiras sinalizações sobre a necessidade de diversidade dentro deste mercado aconteceram na primeira metade desta mesma década.

O compromisso dos países membros com a liberdade de expressão, o direito à informação e com o pluralismo pode ser verificado na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia:

11.1 Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito inclui a liberdade de expressar opiniões e de receber e transmitir informações e idéias sem a interferência da autoridade pública e independentemente de fronteiras.

11.2. A liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação serão respeitados. (Carta de Direitos Fundamentais da União Européia).

Inicialmente, a regulação do audiovisual no âmbito da União Européia era feita pela Diretiva 89/552/CEE, conhecida como “Diretiva Televisão sem Fronteiras”, emitida pelo Conselho em 1989, com o objetivo principal de assegurar a liberdade de circulação dos serviços de radiodifusão no mercado interno europeu, preservando simultaneamente determinados objetivos de interesse público eleitos pelo Parlamento. Dentre estes interesses, estavam a diversidade cultural, o direito de resposta, a defesa do consumidor, a proteção dos menores e estímulo à distribuição e produção de programas audiovisuais europeus (garantindo-lhes presença majoritária nas grades de programação dos canais de televisão).

No entanto, a partir do ano de 2001²¹⁹, a Comunidade Européia deu início a uma série de estudos com a finalidade de modernizar esta regulação, dada a nova realidade do mercado. A evolução tecnológica que permitiu a difusão e o aumento da capacidade da internet, bem como o desenvolvimento dos meios de transmissão do sinal, resultou não apenas na evolução da radiodifusão para o sinal digital. Ela também permitiu o surgimento de uma variedade de

²¹⁹ Note-se que a primeira alteração da Diretiva TV Sem Fronteiras aconteceu em 1997, diante da necessidade de modernização de algumas das disposições originais, principalmente no tocante a matérias como o princípio de jurisdição (de acordo com o qual a localização da sede social e do centro onde são tomadas as decisões editoriais relativas à programação dos canais de televisão determina o Estado-Membro que tem jurisdição sobre eles); a regulação da veiculação de televentas e a proteção dos menores. Não obstante essas alterações, a revisão de 1997 não promoveu uma reformulação estrutural tão significativa quanto a iniciada em 2001.

novos serviços audiovisuais, principalmente os de TV por assinatura - prestados majoritariamente através de microondas, satélite e cabo – dando uma maior complexidade às formas de prestação dos serviços de comunicação social, principalmente aqueles de natureza audiovisual.

Diante deste novo contexto, em 11 de dezembro de 2007, o Parlamento Europeu promulgou a Diretiva 2007/65/CE, chamada de “Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual Sem Fronteiras”, em que reformulou as disposições até então em vigor para que se conformassem com a nova realidade. Foi criado um enquadramento modernizado, flexível e simplificado para os conteúdos audiovisuais – desta feita, tratados de uma forma abrangente, e não apenas reduzida à regulação dos serviços de radiodifusão. Em geral, a nova diretiva modernizou antigos institutos e introduziu modificações demandadas pela nova realidade tecnológica e negocial do mercado, como a distinção entre serviços lineares e não-lineares e a modernização das regras aplicáveis à publicidade. Dentre as inovações, é possível destacar algumas medidas que já se relacionavam com a promoção do pluralismo e da diversidade cultural nos meios de comunicação social. No tocante ao pluralismo, foram consignadas disposições que obrigavam os Estados-membros a: assegurar a independência da autoridade reguladora nacional responsável pela aplicação das disposições da própria diretiva, e estimular a promoção dos conteúdos produzidos por sociedades de produção audiovisual independentes na Europa. Já no tocante à promoção da diversidade cultural, a diretiva trouxe a imposição de cotas de conteúdos às empresas de radiodifusão e a outros fornecedores de serviços.

A revisão mais recente desta regulação aconteceu em 10 de março de 2010, quando foi publicada a Diretiva 2010/13/UE (“Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual”). Mantendo as diretrizes já consignadas pelos textos anteriores, a nova versão promoveu as adaptações necessárias em função de mais avanços tecnológicos, e reforçou a necessidade de pluralismo nos seus parágrafos 12 e 34:

(12) Em 15 de Dezembro de 2003, a Comissão aprovou uma Comunicação sobre o futuro da política europeia de regulação audiovisual, na qual sublinhou que a política de regulação no sector tem de salvaguardar um conjunto de interesses públicos, tais como a diversidade cultural, o direito à informação, o pluralismo dos meios de comunicação social, a proteção dos menores e a defesa dos consumidores, e reforçar a capacidade crítica do público e a educação para os media, agora e no futuro.

(34) A fim de promover uma indústria europeia do audiovisual forte, competitiva e integrada e reforçar o pluralismo dos meios de comunicação social em toda a União, apenas um Estado-Membro deverá ter jurisdição sobre cada fornecedor de serviços de comunicação social audiovisual, devendo o pluralismo da informação constituir um princípio fundamental da União.

A preocupação da comunidade europeia com a pluralidade do mercado audiovisual

vem sendo formalizada desde meados dos 80, e teve sua primeira expressão significativa na publicação, pela Comissão Européia, do Livro Verde de dezembro de 1992, intitulado “Pluralismo e concentração dos meios de comunicação no mercado interno - Avaliação da necessidade de uma ação comunitária”. A adoção deste documento pela Comissão Européia teve como objetivos principais ressaltar a importância de se preservar o pluralismo no mercado de comunicação europeu e consignar as premissas que serviriam de base a uma discussão mais apurada sobre a matéria, que envolvesse todos os agentes afetados.²²⁰ Primeiro, constatou-se que as liberdades instituídas no mercado de comunicação europeu não poderiam ser consagradas às custas do pluralismo, devendo o resguardo das mesmas fortalecer o mercado propiciando oportunidades tanto para os cidadãos quanto para os agentes da mídia. A partir daí, a Comissão desenvolveu um estudo a respeito da concentração do mercado de mídia na Europa para definir os limites de uma possível ação em nível comunitário, explorando as formas como esta ação poderia se dar. A publicação deste Livro Verde foi resultado de uma discussão fomentada pelo Parlamento Europeu, que já vinha demandando da Comissão Européia a proposição de uma política regulatória para as fusões e aquisições que preservasse o pluralismo na mídia. Nesse sentido, foi adotada por aquele órgão a Resolução sobre os Aspectos Econômicos do Mercado Comum para Radiodifusão na Comunidade Européia²²¹, em que solicitava que a Comissão iniciasse investigação sobre os aspectos de direito concorrencial contidos no recente desenvolvimento das indústrias televisiva e cinematográfica²²². Em nova resolução de 1986²²³, o Parlamento destacou a existência de consideráveis e potenciais ameaças à competição no mercado de mídia em razão de seu rápido crescimento em tamanho e complexidade, que então já começava a acarretar o acúmulo da propriedade de jornais, revistas, radiodifusão, cabo e satélite por um mesmo grupo econômico.²²⁴ Em 1990, foi adotada nova resolução (N.º C 68, 137-8), segundo a qual as regras de propriedade mais restritivas seriam essenciais no setor de mídia, não apenas por

²²⁰ Nesse caso, o Parlamento Europeu, as autoridades nacionais competentes, organizações européias representando as empresas de televisão e rádio, jornais, produtores e distribuidores de conteúdo audiovisual e o mercado publicitário. IOSIFIDES, 1994.

²²¹ “Resolution on the Economic Aspects of the Common Market for Broadcasting in the European Community”, em tradução livre.

²²² EP, 10 de Outubro de 1985, PE Texts 7/85.

²²³ EP, 14 de Novembro de 1986, PE Texts 10/86 – Resolution on the Fifteenth Report of the CEC on Competition Policy.

²²⁴ “there are considerable potential dangers to competition in the fast-growing and increasingly complex area of the media, which is increasingly supranational in scope, and where interlocking ownership of newspapers, magazines, television stations and cable and satellite interests is becoming increasingly frequent” Tradução livre: “há, em potencial, consideráveis riscos à concorrência na área de rápido crescimento e cada vez mais complexa dos meios de comunicação, que é cada vez mais de âmbito supranacional, e onde o controle acionário de conglomerados de jornais, revistas, emissoras de televisão, cabo e satélite está se tornando cada vez mais freqüente.” (EP 1986, 92).

razões de natureza econômica, mas acima de tudo, como uma forma de garantir a variedade de fontes de informação e a liberdade de expressão. Desta feita, o Parlamento Europeu reconheceu expressamente duas razões fundamentais para que se implementasse uma política regulatória da matéria. A primeira, tradicionalmente defendida pelo direito concorrencial, seria evitar potenciais abusos de posição dominante, enquanto a segunda, de natureza pluralista, seria preservar a variedade de fontes de informação. Para o Parlamento, a concentração ilimitada do mercado de comunicação social ameaça o direito de acesso à informação, a independência editorial e a liberdade dos jornalistas. Lembrando que o quadro regulatório então vigente não considerava estas preocupações, o Parlamento recomendou que a Comissão Européia aprove propostas que instituissem uma nova política regulatória de fusões e aquisições no mercado de comunicação social, de forma a garantir: (i) parâmetros mínimos de profissionalização dos jornalistas; (ii) a proteção da ética jornalística; (iii) a eliminação do risco de subordinação das pequenas empresas, e (iv) a liberdade de expressão daqueles que trabalham na mídia. A resolução trouxe, ainda, a recomendação a todos os países membros que ainda não tivessem legislação regulando a concentração no mercado audiovisual de que o fizessem tão logo possível, dando especial atenção à comunicação escrita e audiovisual.²²⁵

Ainda previamente à publicação da Diretiva 2010/13/UE, hoje em vigor, cabe destacar a recomendação constante do Livro Verde sobre os Serviços de Interesse Geral, de Maio de 2003, que salienta que a proteção do pluralismo nos meios de comunicação é uma tarefa que cabe essencialmente aos Estados-Membros. No entanto, existe um conjunto de instrumentos jurídicos da Comunidade que contribuem, direta ou indiretamente, para a preservação do pluralismo dos meios de comunicação social. Neste Livro Verde de 2003, a Comissão não apenas reforça essas recomendações, como ainda indica que as medidas destinadas a assegurar o pluralismo nos meios de comunicação social devem limitar participação societária e o controle em uma ou mais empresas de comunicação ao mesmo tempo²²⁶.

²²⁵ IOSIFIDES, 1994, p. 90.

²²⁶ “73. Pluralismo nos meios de comunicação. As medidas para garantir o pluralismo nos meios de comunicação limitam geralmente a tomada de participações majoritárias nas empresas de comunicação e exercem uma função de prevenção do controlo cumulativo ou da participação simultânea em várias empresas. O seu objetivo reside em salvaguardar a liberdade de expressão e garantir que os media refletem o largo espectro de pontos de vista e de opiniões que caracteriza uma sociedade democrática.

74. Importa salientar que a proteção do pluralismo dos meios de comunicação é uma tarefa que cabe essencialmente aos Estados-Membros. Atualmente, a legislação comunitária derivada não contém quaisquer disposições diretamente destinadas a salvaguardar o pluralismo dos meios de comunicação. Todavia, a legislação comunitária permite a aplicação de disposições nacionais de salvaguarda no que se refere a esta questão. O propósito dos instrumentos legislativos comunitários existentes reside em garantir um certo equilíbrio entre os operadores no mercado: estes instrumentos, têm incidência nos media enquanto área de atividade econômica, mas não - ou só muito indiretamente - enquanto veículo de informação destinada aos cidadãos.” COMUNIDADE EUROPÉIA, 2011.

Conforme demonstra o levantamento de mecanismos de promoção do pluralismo apresentado na próxima seção, a aderência dos países membros a essas recomendações beira a unanimidade na Europa, ainda que de formas variadas. Em alguns países, dá-se ênfase no incentivo ao pluralismo externo, como no caso do Reino Unido; em outros, as regras combatendo a concentração estrutural vêm acompanhadas de medidas direcionadas à promoção de pluralismo interno, como acontece, por exemplo, em Portugal, Espanha e França.

3.4.2 Alemanha

Naturalmente, o tratamento reservado ao mercado de comunicação social alemão é um reflexo do entendimento jurisprudencial a respeito do direito fundamental à liberdade de expressão. Recapitulando em breves linhas o que já foi dito na Parte 2 supra, o direito alemão é identificado como o responsável pelo reconhecimento da dimensão objetiva deste direito e, por conseguinte, da necessidade de uma postura protetiva do Estado em relação ao mesmo, a ser exercida através da prestação de obrigações positivas²²⁷. A partir desta percepção, estabeleceu-se na Alemanha uma política regulatória da mídia focada em garantir que os veículos de comunicação cumpram com os ideais democráticos da Lei Fundamental de Bonn.

A diversidade de idéias e opiniões é apontada como o objetivo central desta política²²⁸, onde as regras aplicáveis ao setor se baseiam numa concepção de esfera pública que deve refletir os interesses de todos os atores sociais envolvidos na formação da opinião pública e individual²²⁹. Este entendimento vem sendo consolidado desde a segunda metade do

²²⁷ SARMENTO, 2010, p. 274.

²²⁸ CZEPEK, Andrea; ULRIKE, Klinger. **Media Pluralism Between Market Mechanisms and Control: The German Divide**. *International Journal of Communication*, n. 4, 2010. p. 820-843. Disponível em: <<http://ijoc.org>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

²²⁹ Nesse sentido, os autores destacam a existência de autoridades reguladoras distintas para cada um destes aspectos: “This is also expressed in the existence of separate regulation authorities. While media market regulation is taken care of by the Federal Competition Authority (Bundeskartellamt) executing the Act Against Restraints of Competition (Gesetz gegen wettbewerbsbeschränkungen GWB), pluralism issues and the diversity of opinions in the media are subject to a range of institutions: State Media Authorities (Landesmedienanstalten) monitoring compliance of commercial broadcasters with the Interstate Treaty, the Commission on Concentration in the Media (KEK) monitoring ownership and inhibiting the “exercise (of) a predominant impact on public opinion” of any media company, as well as the Constitutional Court, whose decisions have traditionally underlined the importance of diversity in the media.” Tradução livre: “Isto também é expresso na existência de entidades reguladoras distintas. Se por um lado a regulação do mercado midiático cabe à Autoridade Federal de Concorrências (Bundeskartellamt) através da execução da Lei Contra as Restrições à Concorrência (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen GWB), as questões pluralistas e a diversidade de opiniões nos meios de comunicação estão sujeitos a várias instituições: As Autoridades dos Meios de Comunicação Estaduais (Landesmedienanstalten) que monitoram o cumprimento do Tratado

século passado no âmbito da administração e da jurisprudência alemãs, de forma que o estudo deste modelo revela-se valioso para os fins propostos neste trabalho. No tocante à promoção de pluralismo, a contribuição alemã mais significativa se dá no tocante ao mercado de televisão (como, aliás, o é na imensa maioria dos ordenamentos jurídicos visitados). Sendo certo que a plena compreensão deste contexto demanda alguns esclarecimentos sobre a formação do mercado de televisão que hoje caracteriza o setor, a sua análise deve explorar esse histórico, trazendo alguns entendimentos jurisprudenciais consolidados ao longo do tempo.

A partir da criação da República Federativa na Alemanha ocidental, e ainda sob influência das forças aliadas, instituiu-se um sistema regulatório dos serviços de televisão baseado no princípio federativo, segundo o qual a regulação dos mesmos ficaria a critério de cada estado-membro da federação (pelo que é possível identificar um ente regulador do setor em casa estado da federação). Este arranjo básico permanece vigente até hoje, não obstante a predominância do princípio federativo ter sido mitigada pela publicação, em 1987, do Acordo Interestatal Alemão sobre os Serviços de Televisão, que uniformizou a regulação aplicável ao setor em nível nacional.

Entre 1949 e 1984, os serviços de televisão eram prestados em regime de monopólio estatal, ou seja, o mercado alemão era dominado por televisões públicas em nível local e nacional. A partir de 1963 o mercado foi dominado por duas empresas públicas nacionais, o que garantiu mais de vinte anos de um sólido monopólio do mercado pelo Estado, rejeitando-se qualquer possibilidade de competição com entes privados. Este paradigma foi superado em 1984, quando foi estabelecido o “sistema dual”²³⁰ de televisão, caracterizado pela coexistência de um segmento de TV pública e um segmento de TV privada. Os questionamentos sobre o modelo até então vigente culminaram em 1981, a partir de uma decisão em que Corte Constitucional consignava o entendimento de que a abertura do mercado de radiodifusão para o mercado privado não violava a Constituição. Ao mesmo tempo em que reforçava o papel do Estado de zelar por um mercado de radiodifusão plural e diverso, a decisão demandava uma formulação do sistema de televisão alemão que

Interestadual por parte das emissoras comerciais, a Comissão Reguladora da Concentração nos Meios de Comunicação (KEK), a qual vigia os controles e inibe ‘que se exerça impacto preponderante sobre a opinião pública’ de qualquer empresa atuante nos meios de comunicação, e também o Tribunal Constitucional, cujas decisões têm, por tradição, sublinhado a importância da diversidade na mídia.” Ibid., p. 838.

²³⁰ “The term dual system refers to the coexistence of public and private broadcasters – their respective regulatory principles and institutions being separated and following very different norms and regulations.” **Tradução livre:** “O termo ‘sistema dual’ refere-se à coexistência de organismos de radiodifusão públicos e privados - seus respectivos princípios e instituições reguladores serem separados, seguindo normas e regulamentos muito diferentes.” CZEPEK, 2010, p. 832.

considerasse os direitos das empresas privadas de televisão, os avanços tecnológicos e a proliferação internacional dos serviços de televisão e rádio privados²³¹. Após a reunificação do país, o novo sistema dual foi adotado também no território oriental.

Desta forma, hoje o mercado de televisão alemão, tal como o da imensa maioria dos países europeus, tem por principal característica a dicotomia entre os serviços de televisão prestados por empresas públicas e privadas. Sendo certo que cada um destes segmentos guarda suas peculiaridades, cada um deles possui determinadas especificidades em seu arcabouço regulatório, principalmente no tocante à regulação de pluralismo e diversidade. De fato, a forma de implementação destes ideais varia, de forma que a regulação no serviço público de televisão é focada na promoção de pluralismo interno – sobre a qualidade dos conteúdos disponibilizados -, e aquela aplicável ao setor privado tem maior atuação na promoção de pluralismo externo – sobre a quantidade de agentes emissores de informação, ou seja, sobre a propriedade e o controle acionário das empresas de mídia.

Pela natureza própria da televisão pública, onde o único agente prestador de serviço é o Estado, a diversidade é garantida através de regras de pluralismo interno; ou seja, são criadas obrigações relativas ao conteúdo oferecido dentro da programação das emissoras públicas de televisão, como forma de se promover um nível mínimo de diversidade de pontos de vista dentro da mesma.

Em relação ao setor privado, onde a possibilidade de entrada no mercado já garante este grau mínimo de pluralidade de agentes, a maior parte da regulação de pluralismo recai sobre regras que combatem a concentração no mercado através de propriedade e índices de audiência - cujo *enforcement* é de responsabilidade da já mencionada Comissão de Concentração na Mídia (KEK), órgão regulador responsável por monitorar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais nesse sentido.

Não obstante a maior parte da regulação ser direcionada ao combate à concentração no mercado, as empresas privadas de televisão também devem observar determinadas regras de pluralismo interno, como a obrigação de dar espaço, em sua programação, para a manifestação de diferentes grupos políticos e sociais, a de considerar o ponto de vista das minorias e a de promover conteúdo audiovisual regional e independente.

Quanto ao tratamento dado à promoção de pluralismo nessas empresas, também é importante destacar decisão proferida pela Corte Constitucional em 1986, em que se

²³¹ BVerGE 57, 295, de 16 de junho de 1981. In: MARTINS, Leonardo (orgs.) “Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão”. Uruguay: Fundação Konrad Adenauer, 2006, págs. 475 a 483. Sobre a decisão, cf. Daniel Sarmiento e Andrea Czepek, ambos em suas obras já citadas.

estabeleceu um parâmetro interessante de aplicação de regras de pluralismo interno ou externo²³². Tratou-se de discutir a constitucionalidade de lei editada pelo estado da Baixa Saxônia, que flexibilizou as obrigações de pluralismo interno até então impostas às radiodifusoras privadas. A Corte entendeu pela constitucionalidade das disposições impugnadas, presumindo que o legislador deveria assegurar: (i) a correspondência entre oferta de programas no mercado e a pluralidade de opiniões existentes na esfera pública; (ii) e que as outorgas de radiodifusão não sejam concedidas a um ou poucos grupos sociais, de forma que esses grupos tenham expressão dentro da oferta de programação das TV's como um todo. Ainda, segundo a decisão, a flexibilização das regras de pluralismo interno se justificava dentro de um contexto mercadológico em que: (i) devido aos avanços tecnológicos, o número de estações de radiodifusão crescia, e (ii) as empresas públicas de radiodifusão continuavam submetidas a uma série de obrigações da ordem do pluralismo interno.

Segundo esclarece Daniel Sarmiento²³³, a decisão reflete uma tendência da Corte Constitucional Alemã de, nas análises de pluralismo no setor de televisão, privilegiar a perspectiva do pluralismo externo. De fato, a lógica consagrada pela Corte é a de que, conforme aumenta o número de prestadores do serviço de televisão atuando no mercado (ou seja, conforme aumenta o pluralismo externo), reduz-se a necessidade das regras de pluralismo interno; afinal, a diversidade de pontos de vista já aumentaria conforme também aumentasse o número de agentes veiculando conteúdo.

3.4.3 Estados Unidos

Já nos Estados Unidos, verifica-se, atualmente, uma política regulatória das comunicações embasada por um entendimento bastante diverso do entendimento alemão sobre a liberdade de expressão e o papel da regulação estatal no mercado de comunicação.

Recapitulando brevemente o relato já realizado na Parte 2 supra, o setor de comunicação nos Estados Unidos hoje se caracteriza pela adoção da teoria libertária sobre a liberdade de expressão, segundo a qual a sua proteção demanda uma postura de abstenção por parte do Estado. Essa política foi precedida pela adoção dos preceitos da *fairness doctrine*, formalizada pela Federal Communications Commission (“FCC”) em meados dos anos 50, com

²³² BVerfGE 73, 118, de 04 de novembro de 1986. Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/table.php?id=131>. Acesso em: 21 jan. 2011.

²³³ SARMENTO, 2010, p. 277.

o objetivo de coadunar a conduta das empresas de rádio e televisão com o interesse público. A *fairness doctrine* requeria, principalmente, que empresas cobrissem questões de importância pública e que o fizessem de uma maneira equilibrada em relação à exposição dos pontos de vista envolvidos²³⁴, tendo sido chancelada pela Suprema Corte Americana no julgamento do caso *Red Lion Broadcasting Co. vs FCC*. Depois de um processo de questionamento e debate, inclusive em foro judicial, a *fairness doctrine* acabou sendo revogada pela própria FCC em 1987, obtendo a chancela do então Presidente Ronald Reagan, que vetou Projeto de Lei aprovado pelo Congresso que reinstituía a doutrina.

Não obstante a sua revogação, a *fairness doctrine* teve um importante papel para o desenvolvimento do mercado audiovisual estadunidense. Principalmente devido às medidas implementadas pela FCC visando o fomento da produção independente e diversa de conteúdo audiovisual. Dentre estas medidas, estão as regras conhecidas como as regras “Fin-Syn” (*Financial Interest and Syndication Rules*) e a PTAR (*Prime Time Access Rule*). Em linhas gerais, essas normas previam limitações à exibição de conteúdo produzido pelas grandes redes de televisão em sua grade de programação, o que as obrigava a recorrer aos produtores independentes para compor suas programações.

As regras de Fin-Syn foram implementadas em 1965 pela FCC, e tinham o objetivo principal de limitar a exibição e a distribuição de conteúdo audiovisual produzido exclusivamente pelas redes de televisão²³⁵, obrigando-as à exibição de conteúdo independente²³⁶. A contratação dos direitos de exploração destas obras deveria garantir, ainda, o retorno destes direitos para a empresa produtora independente depois de um determinado número de exibições, ou passado um determinado período de tempo²³⁷. Essas medidas refletiam a preocupação da Comissão em prevenir a concentração vertical no mercado de televisão e em dar maior autonomia às redes e produtores independentes perante as grandes redes televisão aberta²³⁸. Até porque, naquela época, as redes CBS, ABC e NBC, detinham

²³⁴ Cf. FISS, 2005, p. 107 e LEVI, Lili. **In Search of Regulatory Equilibrium**. Hofstra Law Review, Vol. 36, 2007. University of Miami Legal Studies. Disponível em: <<http://law.hofstra.edu>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

²³⁵ Pela empresa radiodifusora e por aquelas coligadas, afiliadas ou por ela controladas; de fato. McALLISTER, Matthew. *The Financial Interest and Syndication Rules*. In: **The Museum of Broadcast Communications**. Disponível em: <<http://www.museum.tv/eotvsection.php?entrycode=financialint>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

²³⁷ CARTER, 2008, p. 769.

²³⁷ Esta última medida foi consolidada após a FCC constatar que as redes de televisão não costumavam negociar direitos de exibição de conteúdo independente, a não ser que as produtoras cedessem a maior parte de seus direitos autorais sobre as obras. Havia, ainda, a preocupação com a prática de “ware-housing”, quando as redes compravam o conteúdo independente apenas para tirá-lo de circulação do Mercado, sem intenção de exibi-lo. Cf. *Ibid.*, p. 769.

²³⁸ Cf. BOTEIN, Michael; GINSBURG, Douglas H. *Regulation of the electronic mass media: law and policy for radio, television, cable, and the new video technologies*. St. Paul, Minnesota: West Group Publishing, 1998 p. 255-256.

90% da audiência nacional no horário nobre²³⁹.

Em 1995, após um processo de revisão iniciado em 1990, envolvendo inclusive o questionamento da matéria em foro judicial em 1992, as regras Fin-Syn foram revogadas pela FCC. Isto se deu, principalmente, em razão da diminuição do poder de mercado das redes de televisão - atribuído à alta penetração dos canais de TV por assinatura e do mercado de vídeo doméstico²⁴⁰.

Sob as mesmas motivações que deram origem às regras de Fyn-Sin, a FCC também implementou, em 1971, a PTAR. Esta regra consistia numa obrigação imposta às emissoras de televisão presentes nos 50 mercados principais de exibir ao menos uma hora de conteúdo audiovisual produzido por emissora ou produtora independente durante o horário nobre (entre 19h e 23h). O reforço sobre o estímulo à produção independente se deu diante de duas constatações principais: (i) eram poucas as séries de entretenimento inéditas sendo exibidas no mercado, ao passo que aumentava cada vez mais o número de repetições de programas já exibidos, e (ii) durante os anos 60 o investimento financeiro das redes televisão em conteúdo

²³⁹ Conforme decisão do caso *Schurz Communications Incorporated vs Federal Communications Commission*, Corte de Apelação dos Estados Unidos, Sétimo Circuito, 1992. CARTER, 2008, p. 773.

²⁴⁰ “Whatever the pros and cons of the original finance interest and syndication rules, in the years since they were promulgated the structure of the television industry has changed profoundly. The three networks have lost ground, primarily as a result of the expansion of cable television, which now reaches 60 percent of American homes and videocassette recorders, now found in 70 percent of American homes.” Tradução livre: “Independentemente dos prós e contras das regras de interesse financeiro e distribuição originais, nos anos que passaram desde sua promulgação a estrutura da indústria televisiva mudou profundamente. As três redes de televisão perderam abrangência, principalmente como um resultado da expansão da TV a cabo, agora presente em 70 por cento dos lares Americanos.” Extrato da decisão emitida pela Sétima Corte de Apelação dos Estados Unidos no caso *Schurz Communications Incorporated vs Federal Communications Commission*. A empresa de comunicações em referência pleiteava a invalidação da revisão das regras de Fyn-Sin perpetrada pela FCC em 1991, em favor da extinção das regras como um todo. Em sua decisão, a Corte entendeu que a revisão das regras feita pela FCC deveria ser reavaliada, já que a Comissão teria falhado em justificar suas medidas e comprovar a sua razoabilidade. O voto do Juiz Relator (Circuit judge) Richard Posner também é interessante sob a perspectiva da revisão judicial dos atos da administração pública, pois limita expressamente o papel da Corte a submeter o ato administrativo impugnado a um teste de razoabilidade e, se for o caso, devolver a matéria à instância administrativa para revisão. Segundo a letra da decisão, “The difficult question presented by the petitions to review is not whether the Commission is authorized to restrict the networks’ participation in program production and distribution. It is whether the Commission has said enough to justify, in the face of the objections lodged with it, the particular restrictions that it imposed in the order here challenged (...) The standard for judicial review of administrative action requires more than that the rule be rational; the statement accompanying its promulgation must show that it is rational – must demonstrate that a reasonable person upon consideration of all of the points urged pro and con the rule would conclude that it was a reasonable response to a problem that the agency was charged with solving.” Tradução livre: “A difícil questão apresentada pelo pedido de revisão não é se a Comissão está autorizada a restringir a participação das redes na produção e distribuição de programas. É se a Comissão disse o suficiente para justificar, face às objeções presentes, as restrições particulares que impôs na ordem ora questionada. (...) O parâmetro para revisão judicial dos atos administrativos requer mais do que a racionalidade da regra – o fundamento que a acompanha deve demonstrar que uma pessoa razoável, diante da consideração de todos os pontos prós e contra a regra concluiria que ela seria uma resposta razoável a um problema que a agência foi encarregada de resolver.” *Schurz Communications Incorporated vs Federal Communications Commission*, Corte de Apelação dos Estados Unidos, Sétimo Circuito, 1992. CARTER, 2008, p. 771-781.

audiovisual voltado para o horário nobre havia dobrado em relação à década anterior, ao passo que a produção independente havia caído em 90%.²⁴¹ À época, a Comissão repudiou a situação insalubre do mercado, asseverando que a nova regra iria permitir o desenvolvimento de fontes diversas e independentes de programação.

Ao longo de sua vigência, a PTAR passou por dois processos de revisão (em 1973 e 1974), que lapidavam a norma de forma a adequá-la propriamente à realidade do mercado, sem perder de vista as suas finalidades. Em 1995, a FCC revogou a PTAR, estabelecendo um período de um ano de vigência em determinados termos para permitir a readaptação do mercado (afinal, a regra ficou vigente durante vinte e cinco anos).

Os resultados das normas de Fin-Syn e da PTAR são discutíveis, principalmente no tocante à regionalização da programação. O estímulo ao mercado de produção nos 50 mercados principais foi indiscutível e a variedade de conteúdo audiovisual disponível, de fato, aumentou. Até porque, o estímulo à produção independente acompanhou o surgimento de novas formas de transporte do sinal de televisão por assinatura, aumentando, também, as possíveis janelas de exibição dessa produção. Além disso, essa diversidade de conteúdo também é relacionada ao desenvolvimento da televisão local, da publicidade local e das estações independentes²⁴².

O relato desta experiência leva a duas constatações importantes sobre o objeto deste estudo. A primeira é a de que, apesar da indústria audiovisual norte-americana não estar, atualmente, submetida à regulação de conteúdo, o desenvolvimento que hoje a caracteriza não é resultado apenas da dinâmica estabelecida pelo próprio mercado. Houve, sim, um período de intervenção estatal sobre a liberdade de programação das redes de televisão, a favor do estímulo à produção independente – que é, inegavelmente, causa para o aumento da diversidade de conteúdo sendo exibido.

A segunda constatação é a de que, apesar dos fins constitucionais da regulação serem fixos (pelo menos supostamente), a forma de atendê-los pode variar de acordo com o contexto político, econômico e técnico da atividade que se regula. Entre os anos 60 e 70, três redes de televisão aberta dominavam o mercado com uma abrangência de 90% da audiência. Neste contexto, foi dobrado o investimento em programação, enquanto os números da produção independente caíam em 90%, junto com a diversidade de conteúdo disponibilizada e a própria sobrevivência destas produtoras. Assim, foi necessária uma postura mais interventiva da entidade reguladora. Ao longo do tempo, as regras foram sendo revistas e debatidas dentro de

²⁴¹ CARTER, 2008, p. 782.

²⁴² Ibid., p. 786.

um processo que envolveu questionamentos por parte dos agentes do mercado, o ente regulador e o poder judiciário, até o momento em que, diante de um novo contexto, o entendimento geral foi a favor da revogação dessas regras. Note-se que, no caso em tela, não foi apenas o surgimento de novas formas de distribuição do conteúdo audiovisual que desequilibraram o fundamento que estabeleceu as regras de Fin-Syn *a priori*. Mais importante foi o fato delas terem afetado a posição das redes de televisão do mercado, somado ao aumento efetivo da produção independente atribuído à PTAR²⁴³ e o conseqüente desenvolvimento econômico deste setor.

3.5 Mecanismos regulatórios de promoção do pluralismo no mercado de comunicação social

Esta etapa será dedicada à exposição dos mecanismos de promoção do pluralismo nos meios de comunicação verificados no direito comparado, que foram agrupados conforme o foco de atuação – pluralismo externo ou interno. Note-se que o principal objetivo desta seção é expositivo. Sua função é descrever os mecanismos verificados no direito comparado, de forma a enriquecer o debate apresentado a partir da observação dos instrumentos que o caracterizam.

²⁴³ Na letra da resolução: “We conclude that PTAR should be extinguished. The three major networks do not dominate the markets relevant to PTAR. There are large numbers of sellers and buyers of video programming. Entry, even by small businesses is relatively easy. There are a substantially greater number of broadcast programming outlets today than when the PTAR was adopted in 1970 due to the growth in number of independent stations. In addition, nonbroadcast media have proliferated. Viewers can choose from program offerings on cable, so-called “wireless” cable, satellite television systems and VCRs. Under these market conditions, PTAR is no longer needed to promote the development of non-network sources of television programming.” Tradução livre: “Nós concluímos que a PTAR deve ser extinta. As três maiores redes de televisão não dominam os mercados relevantes para a PTAR. Há um grande número de vendedores e compradores de programação audiovisual. A entrada no mercado por agentes menos é relativamente fácil. Há um número substancialmente maior de programação hoje do que quando a PTAR foi adotada em 1970, devido ao crescimento das estações independentes. Adicionalmente, a mídia não-televisiva se proliferou. Telespectadores podem escolher programas oferecidos via cabo, satélite e videocassetes. Sob essas condições de mercado, a PTAR não é mais necessária à promoção do desenvolvimento de fontes de programação independentes.” Revisão da *Prime Time Access Rule*, 10 F.C.C.Rcd. 5672 (1995).

3.5.1 Mecanismos de promoção de pluralismo externo

3.5.1.1 *Limites à propriedade e ao controle de veículos*

As regras restritivas de propriedade e controle acionário nas empresas de comunicação, impostas por grupo ou agente econômico, são mecanismos de promoção do pluralismo externo comuns nas políticas regulatórias do mercado de comunicação analisadas²⁴⁴.

Segundo Lesley Hitchens, a mídia deve ser entendida como a arena do debate público, essencial ao próprio funcionamento de uma sociedade democrática. Desta forma, a regulação do controle societário das empresas de comunicação seria um meio necessário à garantia de que o público tenha acesso a uma variedade de fontes de informação. Os limites à propriedade e ao controle desses meios são entendidos como uma forma de prevenir que uma pessoa domine e limite o debate público²⁴⁵.

Dada a natureza distinta de sua essência, essas regras se diferenciam das de direito antitruste em sua finalidade e forma de implementação. Estas, por sua vez, não necessariamente têm foco na estrutura societária das empresas, podendo, ou não, vir acompanhadas da institucionalização de um controle de fusões e aquisições voltado para a garantia de pluralismo de fontes de informação.

Essas limitações podem se apresentar dentro de formas e critérios variados, sendo possível agrupá-las de acordo com os seguintes critérios:

- a) Concentração societária: são limites impostos à participação que um mesmo investidor pode ter em mais de uma empresa de mídia (num mesmo segmento ou não). Podem ser acompanhado pela institucionalização do controle de fusões e aquisições neste mercado, dentro de um escopo mais abrangente que o da análise antitruste;
- b) Dentro do quadro societário de empresa: são os limites estabelecidos dentro do rol de acionistas das empresas de serviços de comunicação social. Têm por objetivo estabelecer uma estrutura de propriedade mais diversificada dentro desses quadros

²⁴⁴ DOYLE, Gillian. **Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European Media**. Londres: Sage Publications, 2002.

²⁴⁵ HITCHENS, 2006, p. 5.

societários²⁴⁶. Na França e na Espanha, por exemplo, um único investidor não pode deter mais de 49% das ações com direito a voto de uma empresa de televisão aberta. Michele Polo lembra que, na França, esses limites são ainda mais refinados, sendo vedada a participação de um mesmo investidor em duas empresas de televisão superior a 15% (em cada uma das empresas) e a 5%, no caso de participação em três dessas empresas²⁴⁷; e

- c) Propriedade cruzada: são limites à participação de um mesmo investidor em empresas que atuem em diversos segmentos do mercado de mídia. Uma vez que as regras sobre a operação de veículos de comunicação podem variar de acordo com o segmento de mídia (como, por exemplo, em relação à necessidade ou não de obtenção de licença perante o poder público), o mecanismo mais adequado à prevenção deste tipo de concentração são aquelas conhecidas como “regras de propriedade cruzada”. Neste caso, essas regras consistem na vedação ao acúmulo de propriedade de um determinado número de veículos no âmbito de mais de um setor de mídia. Tanto na França²⁴⁸, quanto no Reino Unido, é possível verificar restrições de propriedade a empresas que operem em televisão, rádio e mídia impressa. Nos Estados Unidos também há regras voltadas para o combate à propriedade cruzada de veículos de comunicação. Com esse escopo, o art. 202(h) da Lei de Telecomunicações de 1996 (“Telecommunications Act 1996”) exige que a FCC, a cada quatro anos, analise o quadro societário e o status do controle de cada empresa de mídia.

²⁴⁶ Não obstante a lógica deste mecanismo ser alinhada à promoção de pluralismo externo, Michele Polo entende que tal exigência também tem implicação na variedade do conteúdo veiculado pelo agente econômico. Segundo o autor, “Constraints to ownership, referring to a single company’s ownership structure or to its participation in several segments of media market, can instead be rationalized in terms of Internal Pluralism objective. In particular, they are justified if it is very likely that the owner in control of the company will condition the political positioning of its media according to partisan or lobbying motivations. To balance this effect, dispersed ownership and limited intermarket links are pursued.” Tradução livre: “Restrições ao controle acionário, seja em relação à estrutura do controle detido por uma única empresa ou à sua participação em diversos segmentos do mercado midiático podem, ao contrário, ser racionalizadas em termos de objetivo do Pluralismo Interno. Particularmente, tais restrições se justificam caso seja bastante provável que o controlador corporativo condicione seu posicionamento na mídia tendo por base motivações partidárias ou lobistas. Para contrabalançar este efeito, busca-se a pulverização nos controles das empresas e a limitação das conexões entre os mercados.” POLO, 2005, p. 22.

²⁴⁷ Ibid., p. 20.

²⁴⁸ Na França, a regra que restringe a propriedade cruzada de empresas de comunicação proíbe um mesmo agente econômico de ter participação em mais de dois dos segmentos de televisão aberta, televisão a cabo, rádio e mídia impressa. COMUNIDADE Européia, Conselho Europeu, Divisão de Mídia, Diretório Geral de Direitos Humanos. *Media Diversity in Europe*, p. 12.

3.5.1.2 *Limites de licença*

Outra forma de evitar a concentração do mercado de mídia através de políticas regulatórias é instituir limite de número de licenças para prestação de serviços de comunicação social por agente econômico.

Esta medida guarda relação essencial com a infraestrutura necessária à realização da atividade dentro de cada segmento de mídia. Assim, somente cabem em relação aos serviços caracterizados pelo uso de um bem público, que dependem de prévio licenciamento por parte do poder público (pelo que, naturalmente, apenas nestes casos a utilização do limite de licenças é um mecanismo eficaz à promoção de pluralismo). Por este motivo, é comum a sua utilização no âmbito dos serviços de radiodifusão, que depende do uso do espectro de radiofrequência, e de televisão por assinatura, que, dependendo da tecnologia de transporte do sinal utilizada, pode carecer de licenciamento de uso de espectro de radiofrequência, espaço satelital ou infraestrutura de cabo. Conforme lembra Michele Polo, nos casos que a atividade do veículo não é condicionada a licença pelo poder público, como é o caso da mídia impressa, a forma mais eficiente de se combater uma possível concentração de mercado demanda mecanismos direcionados a limites de propriedade, de índice de audiência ou à promoção de pluralismo interno²⁴⁹.

O critério mais comum para aplicação deste limite é o território de operação, que se baseia na estipulação de um número máximo de licenças para prestação de um ou mais serviços dentro de um determinado território. É utilizado no Reino Unido - onde as empresas não podem ter mais de uma licença para prestação de serviço de televisão aberta em nível

²⁴⁹ “[...] when market concentration becomes very high, the largest companies might be forced to sell a license; or, alternatively, a ceiling to the number of individual licenses might be set when the overall audience of the group exceeds a certain threshold. Analogous measures on the number of licenses might be triggered by an expansion of a media group in other segments such as the press market, once a given market share is reached. These measures can be easily introduced when the broadcasting and radio segments, where a license is needed to operate, are involved. We are in a weaker position when market concentration is truly internal to other segments, such as the press market, where creating a new media outlet does not require public authorization. Still, requiring a publishing group to divest a newspaper is not very different from other deconcentration measures that can be applied to lines of business of a dominant firm in non media markets.” Tradução livre: “Se a concentração do mercado torna-se muito alta, as empresas de maior porte podem ser forçadas a vender uma licença, ou, alternativamente, pode ser definido um teto para o número de licenças individuais quando a audiência global do grupo ultrapassa um determinado limiar. Medidas análogas com relação ao número de licenças podem ser desencadeadas pela expansão de um determinado grupo de mídia em outros segmentos, tais como a imprensa, caso uma determinada quota de mercado seja atingida. Estas medidas podem ser introduzidas facilmente quando os segmentos de transmissão e rádio, os quais exigem licença para sua operação, estão envolvidos. Nossa posição é mais fraca quando a concentração de mercado é na verdade interna a outros segmentos como, por exemplo, a imprensa, no qual a criação de um novo meio de comunicação não carece de autorização pública. Ainda assim, exigir de um grupo editorial a alienação de um jornal não difere muito das outras medidas de desconcentração que podem ser aplicadas a linhas de negócios de uma empresa dominante nos mercados que não os da mídia”. POLO, 2005, p. 26.

nacional ou mais de duas em nível regional. Também há regras para limite territorial de licenças na França – onde o mesmo grupo só pode deter uma licença de televisão aberta, seja ela nacional ou regional -, e na Espanha, que também limita a uma o número de licenças em nível nacional e em nível local²⁵⁰.

No Brasil, mecanismo semelhante foi consignado no art. 12 do Decreto 236, de 28 de fevereiro de 1967, que estabelece limites de licença distintos para os serviços de rádio e televisão aberta. Para o primeiro, o número máximo de outorgas acumuláveis é de 10 em nível regional (sendo 04 em onda média e 06 em frequência modulada); 06 outorgas em nível local (sendo no máximo duas por Estado e 03 em ondas tropicais e 03 em ondas médias), e 04 em nível nacional (sendo 02 em VHF e 02 em UHF). Já para o serviço de televisão aberta, o limite estabelecido foi de no máximo 10 estações em todo o território nacional, sendo no máximo 05 referentes a outorgas em VHF e no máximo 02 por Estado. Note-se que, devido à peculiaridade do modelo de negócios estabelecido no mercado brasileiro de radiodifusão de sons e imagens, a efetividade deste dispositivo em termos de pluralismo externo ficou reduzida. Isto porque referido modelo se baseia na realização de contratos de afiliação entre empresas detentoras de outorgas em nível nacional e regional. Através destes contratos, as radiodifusoras em nível regional, espalhadas por todo o território, transmitem a programação básica de uma mesma emissora, formando um arranjo negocial convencionalmente chamado de *rede de televisão*²⁵¹. Desta forma, a uniformização da programação dentro dessas redes acaba dirimindo o potencial de diversificação estrutural do comando normativo.

3.5.1.3 *Limites de audiência*

De acordo com este critério, a concentração no mercado de mídia é medida a partir dos índices de audiência alcançados por um mesmo veículo, ou por uma mesma empresa ou grupo econômico.

Trata-se do modelo eleito pela regulação alemã para promover pluralismo externo no âmbito das televisões comerciais, após a experiência de limitação de licenças ter se mostrado

²⁵⁰ POLO, 2005, p. 21.

²⁵¹ Conforme define a Agência Nacional do Cinema na Instrução Normativa ANCINE n.º 91, de 01 de dezembro de 2010, art. 1º, XLVI: “Rede de Televisão - Arranjo operacional, instituído através de vínculo contratual, entre estações geradoras e respectivos Sistemas de Retransmissão de Televisão que veiculam a mesma programação básica, na forma do art. 6º, inciso VIII do Decreto 5.371/2005.” Valério Cruz Brittos e Marcelo Schmitz Collar definem o sistema de rede de televisão como aquele “em que um conjunto de emissoras distribui um mesmo conteúdo, programado majoritariamente por um único centro.” BRITTOS, 2008, p. 72.

ineficiente naquele contexto²⁵². De acordo com o disposto pelo art. 26 do Tratado Interestatal de Televisão Alemão, qualquer pessoa ou empresa pode operar um número ilimitado de canais de televisão comerciais, desde que isto não configure a sua predominância sobre a opinião pública. Essa predominância é presumida em uma abrangência de 30% da audiência total. Esse limite pode ser reduzido a 25%, caso o mesmo operador possua posição dominante em outro segmento de mídia relevante – propaganda, rádio, mídia impressa e produção de conteúdo -, ou se o nível de sua influência na opinião pública em uma dessas outras mídias atingir uma abrangência de 30% da audiência²⁵³. Esses limites são o parâmetro de atuação da já mencionada KEK para aprovação ou veto às operações societárias que envolvem empresas atuantes no mercado de comunicação social²⁵⁴.

Na regulação francesa, os limites de audiência se referem ao número de habitantes abrangidos pelo veículo, sendo o teto estabelecido para os serviços de rádio de 150 milhões de habitantes. Para televisão aberta local e regional o limite é de 6 milhões de habitantes, e de 8 milhões para televisão a cabo. Já na Itália, esse critério é utilizado para os jornais e periódicos, através da imposição de um limite de 20% sobre a circulação geral no mercado nacional e 50% no âmbito regional.

É importante notar que o estabelecimento de teto de audiência também pode ser visto como discriminatório, uma vez que, limitando o teto de audiência, a regra impede que uma parte dos telespectadores tenha acesso a determinados conteúdos audiovisuais²⁵⁵. Por este motivo, a essência dos limites de audiência só se justifica quando a proporção representa um determinado índice de audiência a partir do qual aquele agente ou grupo econômico não pode mais adquirir empresas e/ou licenças para prestação de serviço de comunicação. Afinal,

²⁵² “After the ‘two channel maximum’ paradigm failed to structure a diverse ownership pattern and instead cemented the duopoly of two private commercial com petitors, legislators decided to reform media market regulation. The shift from a program-supplier (broadcaster) to a program-user (audience) approach became the dominant focus of the reform discussion.” Tradução livre: "Depois que o paradigma "máximo de dois canais" não conseguiu estruturar um padrão de controle diversificado, tendo, ao invés disso, cimentado o duopólio de duas empresas privadas concorrentes, os legisladores decidiram reformar a regulação do mercado de mídia. A abordagem da passagem de um fornecedor de programa (emissor) para um usuário de programa (público) tornou-se o foco dominante da discussão da reforma." CZEPEK, 2010, p. 839.

²⁵³ Ibid., p. 839.

²⁵⁴ “To prevent compelling influence in the area of nation-wide television programmes a special regulation has been laid out in the Interstate Treaty on Broadcasting (art. 26-30 RStV). There is threshold of 30% of viewer market share; having more than this share is regarded as compelling influence on public opinion. Activities of companies on other markets related with the broadcasting market are taken into account if their market share exceeds 25%. All programmes are added to a company’s viewer market share if the company is related to the broadcaster in a way defined by th RStV. To judge the influence a company has on public opinion is within the responsibility of an expert commission (Komission zur Ermittlung der Konzentration in Medienbereich, KEK). Under certain circumstances the body of the directors of the state Media Authorities (KDLM) can overrule the decision of the KEK.” *Regulation of Broadcasting and Internet Services in Germany – A brief overview – Wolfgang Schulz, Uwe Jürgens, Thosrsten Held, Stephan Dreyer.*

²⁵⁵ Nesse sentido, cf. BAKER, 2007, p. 167-168.

impedir o crescimento da audiência seria travar o crescimento econômico do agente, o que não se coaduna com uma política regulatória voltada para o desenvolvimento do mercado.

3.5.1.4 Obrigações de “*must carry*”

As regras conhecidas como *must carry* são um tipo de mecanismo regulatório utilizado para obrigar as prestadoras de serviços de TV por assinatura a incluir em sua programação determinados canais eleitos pelo legislador, ou pelo órgão regulador, conforme a estipulação legal.

A lógica por trás das obrigações de *must carry* pode abranger diferentes aspectos, como, por exemplo: (i) a restrição da integração vertical entre operadoras e programadoras de televisão por assinatura, estabelecendo um percentual de canais a serem oferecidos pela operadora que são programados por empresas ou entidades não controladas ou coligadas à mesma²⁵⁶; (ii) a proteção das redes de televisão aberta, locais e nacionais, cuja competitividade fosse ameaçada pelos serviços de televisão por assinatura²⁵⁷; (iii) ou ainda, a divulgação e facilitação do acesso a determinados canais em razão de sua importância para o atendimento do interesse público (como aqueles reservados ao poderes legislativo e judiciário, ou no caso de canais educativos e comunitários). Infiltrada em todos esses aspectos, está a essência pluralística das regras de *must carry*, que garantem um nível mínimo de diversidade de conteúdo e de fontes de informação nos pacotes de canais oferecidos pelas operadoras de televisão por assinatura.

Independente de seu fundamento regulatório, as regras de *must carry* são comuns na

²⁵⁶ MORAES, 2009, p. 409.

²⁵⁷ É o que se verifica na experiência americana: “One of the earliest signal carriage rules, the *must-carry* rules originally required cable systems to retransmit the signal of any local television station [...] The purpose was to protect local broadcasters, especially UHF stations, whose picture quality was noticeably inferior to that provided by cable. There was also concerned that people would remove their television antennas upon subscribing to cable, or at least fail to maintain them, putting broadcasters not carried by the cable system at a great competitive disadvantage.” Tradução livre: “Uma das primeiras regras de *must carry* originalmente exigiam que os sistemas de cabo retransmissem o sinal das estações de TV locais [...] O objetivo era proteger as emissoras locais, especialmente as de estações UHF, cuja qualidade de imagem era notoriamente inferior à do cabo. Também havia uma preocupação de que as pessoas fossem remover suas antenas de televisão depois de contratar os serviços de cabo, ou que pelo menos ficassem impossibilitados de mantê-las, colocando as emissoras não disponíveis no sistema de cabo em grande desvantagem competitiva.” CARTER, 2008, p. 473. Segundo Octávio Pieranti Penna e Susana Festner dos Santos, lógica semelhante que inspirou a regra no direito alemão: “As regras de *must carry* na Alemanha, como na União Européia em geral, surgiu a partir do receio de que as principais prestadoras do serviço de TV a Cabo não distribuíssem a programação da radiodifusão pública nacional, financiada pelo público em geral.”

experiência comparada, podendo ser verificadas em países²⁵⁸ como África do Sul²⁵⁹, Alemanha²⁶⁰, Canadá²⁶¹, Estados Unidos, França, e Reino Unido²⁶².

No Brasil, a Lei 8.977, de 06 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o serviço de TV a Cabo e dá outras providências (“Lei do Cabo”), vinculou as operadoras de televisão por assinatura a cabo, em seu art. 23, I, à obrigação de oferecer, gratuitamente: (i) aqueles canais oferecidos por emissoras geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em VHF ou UHF, abertos e não codificados; (ii) um canal legislativo municipal/estadual, reservado para o uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores localizadas nos municípios da área de prestação do serviço e a Assembléia Legislativa do respectivo Estado²⁶³; (iii) um canal reservado para a Câmara dos Deputados e outro para o Senado Federal, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões; (iv) um canal universitário, reservado para o uso compartilhado entre as universidades localizadas nos municípios da área de prestação do serviço; (v) um canal educativo-cultural, reservado para utilização pelos órgãos que tratam de educação e cultura no governo federal e nos governos estadual e municipal com jurisdição sobre a área de prestação do serviço; (vi) um canal comunitário aberto para utilização livre por entidades não governamentais e sem fins lucrativos, e (vii) um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça. Soma-se a estas a obrigação de carregar o sinal do canal oferecido pela Empresa Brasil de Comunicação (“EBC”), criada pela Lei 11. 652, de 07 de abril de 2008.

Considerando que os serviços de TV por assinatura no Brasil podem ser prestados através de três meios de distribuição do sinal – cabo, DTH (Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite) e MMDS (Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanais, que utiliza faixas de microondas) – o PLC 116/2010, hoje em discussão no Congresso, prevê a extensão das regras de *must carry*, hoje restritas aos serviços de TV a cabo, às demais modalidades.

Ainda, não se pode esquecer que a imposição da difusão de determinados canais não deixa de onerar as operadoras do serviço de cabo, enquanto aquelas que usam os demais

²⁵⁸ Para um estudo mais aprofundado do tratamento dado a matéria por cada um desses países, cf. FESTNER, Susana; PIERANTI, Octavio Penna. **Estudo comparativo de regras de must carry na TV por assinatura**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 9 abr. 2011.

²⁵⁹ Lei de Comunicações Eletrônicas, art. 60 (3) (“Electronic Communications Act”).

²⁶⁰ Tratado Interestatal de Televisão, art. 52b.

²⁶¹ Lei de Televisão art. 9 (“Broadcasting Act”).

²⁶² Lei de Comunicações, art. 60 (“Communications Bill”).

²⁶³ Trata-se de canal voltado para a documentação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões.

meios não o são, o que pode gerar um questionamento sobre a isonomia do tratamento regulatório de agentes que competem num mesmo mercado. Não obstante, há que se considerar as peculiaridades de cada uma dessas modalidades de serviço, principalmente no tocante à capacidade de transporte de sinal de cada uma delas.

Sendo certo que obrigar um operador de serviço de televisão por assinatura a transportar determinados canais gera um custo de operação, dependendo das características da tecnologia utilizada este custo pode tornar-se excessivo, ultrapassando os critérios de razoabilidade e adequação entre meios e fins. No caso do serviço de DTH brasileiro, por exemplo, que é prestado através de uma outorga nacional, a distribuição de canais locais em cada uma das regiões do país em que o serviço é prestado pode ser demasiadamente onerosa. Principalmente, se considerada a necessidade de codificação do sinal, de forma que cada localidade só receba os canais que lhe são pertinentes. Também é possível verificar dificuldade para extensão das obrigações de *must carry* ao serviço de MMDS, cuja capacidade de transporte, no caso de sua tecnologia analógica, é restrita. Levando essas dificuldades em consideração, mas sem prejudicar a importante extensão das regras de *must carry* para os demais serviços de TV por assinatura, o PLC 116/10 a propõe prevendo alternativas a eventuais limitações tecnológicas.

3.5.2 Mecanismos de promoção do pluralismo Interno

3.5.2.1 *Direito de resposta*

O direito de resposta é um instituto característico da regulação da imprensa e demais atividades de comunicação social nas democracias ocidentais. Consiste, em linhas gerais, no direito de acesso aos veículos de comunicação a fim de oferecer uma versão alternativa sobre informações previamente divulgadas. A Constituição Portuguesa de 1976 o resguarda em seu art. 37º(4), segundo o qual “a todas as pessoas, singulares ou *colectivas*, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de *rectificação*, bem como o direito a indenização pelos danos sofridos”. A garantia também consta do Tratado Interestatal de Radiodifusão Alemão, que em seu art. 56 obriga os operadores desses serviços a assegurar, gratuitamente, o direito de resposta a pessoa ou instituição afetada por assertiva publicada pelo veículo. No caso do direito espanhol, a matéria é regulada por lei específica - a Lei 02, de 26 de março de 1984, que em seu artigo 1º estatui que toda pessoa, natural e jurídica, tem

direito de retificar a informação difundida por qualquer meio de comunicação social, a respeito de informação que lhe faça alusão e que considere inexata, ou cuja divulgação possa lhe gerar prejuízo²⁶⁴.

O direito de resposta foi consagrado pela Constituição Federal Brasileira na forma do artigo 5º, V - segundo o qual “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”²⁶⁵. O instituto é entendido no direito brasileiro, tradicionalmente, como um direito subjetivo, que assiste a toda pessoa, física ou jurídica, objeto de uma notícia publicada por um órgão de comunicação social, de ver difundido gratuitamente um desmentido, uma defesa ou uma retificação das informações nela contidas. Nesse sentido, Vital Moreira destaca a função institucional do direito de resposta de defender e compensar aquele que se considerar prejudicado por uma determinada veiculação noticiosa. Para o autor, seu fundamento principal seria a “proteção contra imputações ofensivas e prejudiciais à dignidade humana e à honra, que quando ocorrem através da divulgação da mídia, ganham uma notoriedade qualificada – o que justificaria a garantia de dar-se equivalente grau de divulgação à resposta pretendida pelo ofendido”.²⁶⁶

Não obstante a sua dimensão de direito subjetivo de defesa e compensação, o direito de resposta constitui uma garantia constitucional multifacetada, uma vez que também é possível identificar sua natureza de (i) direito subjetivo de acesso do indivíduo ofendido aos meios de comunicação social, e (ii) direito da coletividade de acesso à informação plural, garantindo a exposição no debate público dos diferentes pontos de vista sobre os mesmos fatos. Nesse sentido, L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho afirma que:

É primordial que se abandone a concepção do direito de resposta que o configura,

²⁶⁴ No original: “Artículo 1. Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. Podrán ejercitar el derecho de rectificación el perjudicado aludido o su representante y, si hubiese fallecido aquél, sus herederos o los representantes de éstos”

²⁶⁵ No âmbito da já revogada Lei 5.250/67, a matéria vinha regulada nos artigos 29 a 36, onde se previa, além da garantia em si, a sua definição material, a forma, os limites e o prazo para seu exercício, além da possibilidade de pleito judicial do direito. A partir do julgamento da ADPF 130 pelo Supremo Tribunal Federal, as disposições foram revogadas, junto com o restante da lei. Ressalve-se o entendimento vencido do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que em seu voto julgou a ação parcialmente procedente, mantendo as regras que disciplinam o direito de resposta. Conforme expôs na seção de julgamento realizada no dia 30 de abril de 2009, “o direito de resposta é assegurado no plano constitucional, mas necessita no plano infraconstitucional de normas de organização e procedimento para tornar possível o seu efetivo exercício”.

²⁶⁶ Cf. MOREIRA, Vital. **O direito de resposta na comunicação social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 101-102. Ainda sobre a faceta defensiva do direito de resposta, o autor aponta que “hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam os interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse. Agora torna-se necessário defender não só a liberdade de imprensa, mas também a *liberdade face à imprensa*. Na verdade, *não carecem menos de proteção os direitos dos cidadãos perante a imprensa do que as garantias de liberdade da imprensa contra o Estado*. E quem diz imprensa diz hoje todos os meios de comunicação social, notadamente os audiovisuais.”, Ibid., pág. 09.

apenas, como uma ação de reparação de dano, ou como um instituto afim à legítima defesa. Ele é tudo isso, mas deve ser mais do que isso. Ele deve ser deslocado do particular, ofendido pessoalmente, titular de um direito à indenização, para a sociedade, credora de uma informação verdadeira, imparcial, autêntica. Aceita a concepção, forçoso é admitir que o direito de resposta, integrante do direito de informação, é também um direito difuso, que pode ser exercido por qualquer legitimado com o fim de preservar a verdade de um fato. Não vigerá mais a estreita via da indenização e da legitimidade exclusiva do lesado para opor-se à matéria inexata. O ofendido cederá parte de seu lugar para o ‘interessado’ na exatidão da notícia – a sociedade.²⁶⁷

Note-se que a transposição do instituto do âmbito individual para o coletivo, conforme propõe o autor, implica numa perspectiva mais abrangente sobre seu objeto. Além da defesa da imagem e da honra de outrem, o direito de resposta serve ao esclarecimento ou correção de fatos narrados de forma equivocada, ou até mesmo à apresentação de um ponto de vista distinto sobre informações controversas. Assim também entende o Professor Gustavo Binenbojm:

O direito de resposta não pode ser compreendido no Brasil como direito puramente individual, nem tampouco como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa. De fato, além de um conteúdo tipicamente defensivo da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre os fatos e questões do interesse de toda a sociedade. Assim, o exercício do direito de resposta não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve ser elástico para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público. Com efeito, algumas notícias, embora lícitas, contêm informação incorreta ou defeituosa, devendo-se assegurar ao público o direito de conhecer a versão oposta.²⁶⁸

Ao comentar a adoção do dispositivo no âmbito do direito português, Jónatas E. M. Machado reconhece que “o direito de resposta, além de sua dimensão subjetiva, representa ainda, no plano objetivo, um instrumento fundamental para a garantia de uma informação mais completa, plural e verdadeira”.²⁶⁹

Este entendimento já foi ratificado pela jurisprudência da Corte Constitucional Brasileira, no julgamento da Ação Cautelar 2695²⁷⁰. Em decisão monocrática do Ministro

²⁶⁷ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. p. 121-122..

²⁶⁸ BINENBOJM, 2009. Fábio Konder Comparato também defende a ampliação do direito de resposta, sugerindo a adoção de um rol de legitimados para o seu exercício: “Minha proposta é no sentido de se estender a utilização desse mecanismo jurídico também à defesa de direitos coletivos ou difusos. [...] A legitimação para o exercício desse direito coletivo de retificação deveria caber, analogamente, ao previsto na Lei 8.078, de 1990: 1) ao Ministério Público; 2º a órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que despidos de personalidade jurídica, quando especificamente criados para a defesa dos interesses difusos ou coletivos; 3) a organizações não-governamentais, existentes sob a forma de associação legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades estatutárias a defesa desses interesses.” In: COMPARATO, 2003, p.32.

²⁶⁹ MACHADO, 2002, p. 697, 698. “A perspectiva adotado ao longo deste trabalho corrobora uma leitura multifuncional do direito de resposta e de retificação, a qual constitui um dos primeiros fatores a ter em conta na análise deste direito, devendo a eficácia da sua garantia ser aferida com base na efetivação das suas diferentes funções.”

²⁷⁰ Julgada em 25/11/2010 e publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 01/12/2010.

Celso de Mello, o STF consignou que o direito de resposta possui “dupla vocação constitucional”, visando à preservação de direitos da personalidade e assegurando, a todos, o exercício do direito à informação exata e precisa. Ao reconhecer esta segunda função, o Ministro Celso de Mello afirma que

Cabe insistir na afirmação de que qualquer pessoa (tanto quanto a própria coletividade) tem o direito de obter e de ter acesso a informações verazes, honestas e confiáveis, de tal modo que a violação desse direito, se e quando consumada, poderá justificar, plenamente, o exercício do direito de resposta. Desse modo, longe de configurar indevido cerceamento à liberdade de expressão, o direito de resposta, considerada a multifuncionalidade de que se acha impregnado, qualifica-se como instrumento de superação do estado de tensão dialética entre direitos e liberdades em situação de conflituosidade.

A posição da Corte, bem como os ensinamentos da doutrina citados, estão em harmonia com a interpretação do texto constitucional proposta na Parte 1 supra – onde foi consignado que a Carta de 1988 reconhece a importância de uma esfera pública de debate livre e plural, bem como a missão democrática da imprensa. Assim, se reforça o entendimento da garantia contida no art. 5º, V, é um meio de promoção do pluralismo interno nos meios de comunicação social, eleito pela Constituição Brasileira.

3.5.2.2 *Direito de antena*

O direito de antena é entendido como o direito de determinados grupos, eleitos pelo legislador, de acesso gratuito e em igualdade de condições à radiodifusão pública, por um período de tempo dentro da programação, para manifestação de suas idéias e pontos de vista. Dentro desta lógica, o direito de antena pode ser disponibilizado a organizações sociais, sindicais e profissionais, bem como a partidos políticos e quaisquer outras entidades representativas da sociedade. O caso dos partidos políticos é a forma mais recorrente de adoção de direito de antena, quando especificamente previsto para os períodos pré-eleitorais²⁷¹. Subjacentes à garantia deste direito encontram-se os princípios de igualdade de oportunidades comunicativa e do pluralismo, ínsitos na atual compreensão do Estado de direito democrático e social²⁷².

A Constituição Portuguesa de 1976 consagrou o direito de antena em seu art. 40, segundo o qual “os partidos políticos e as organizações sindicais, profissionais e

²⁷¹ O tratamento diferenciado durante o período eleitoral é comum a diversos ordenamentos jurídicos. Geralmente, as regras têm por objetivo equilibrar a presença de partidos e candidatos nos programas televisivos (noticiosos ou não), regulamentando as formas de acesso gratuito e pago dos partidos políticos aos canais de televisão, e consignando regras específicas aplicadas ao instituto do direito de resposta.

²⁷² MACHADO, 2002, p. 682.

representativas das atividades econômicas, bem como outras organizações sociais de âmbito nacional, têm direito, de acordo com a sua relevância e representatividade e segundo critérios objetivos a definir por lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e de televisão”. No âmbito dos serviços de televisão, este dispositivo é regulado pelo artigo 59 da Lei 27, de 30 de julho de 2007 (“Lei de Televisão”), que estabelece como titulares do direito de antena, além das entidades já mencionadas no dispositivo constitucional, as associações de defesa do meio ambiente e do consumidor²⁷³. Por sua vez, a Lei da Rádio (Lei 54, de 24 de dezembro de 2010) acrescenta a este rol, em seu artigo 53²⁷⁴, as “organizações não governamentais que promovam a igualdade de oportunidades e a não discriminação”. Segundo Jónatas Machado, verifica-se uma tendência evidente no sentido de alargar o universo dos titulares do direito de antena, que constitui um importante desenvolvimento da sua conformação constitucional original. Adota-se, então, uma interpretação do art. 40 da Constituição de “cláusula de não taxatividade”²⁷⁵. É de se destacar que a regulação portuguesa também prevê regras específicas para o direito de antena referente à manifestação dos partidos políticos em períodos pré-eleitorais, sem prejuízo do direito de antena amplamente previsto na forma dos dispositivos citados.

Este instituto também foi adotado pela Constituição Espanhola de 1978, cujo art. 20, 3, prevê que “a lei regulará a organização e o controle parlamentar dos meios de comunicação social dependentes do Estado ou de qualquer ente público e assegurará o acesso a estes meios aos grupos sociais e políticos significativos, respeitando o pluralismo da sociedade e as diversas línguas da Espanha”. Antonio Magdaleno Alegría reflete o posicionamento pacífico

²⁷³ O art. 59 da Lei 27/2007 prevê, dentre outros aspectos, os tempos de antena cabíveis a cada uma dessas entidades: “Artigo 59.º Acesso ao direito de antena. [...] 2 - As entidades referidas no número anterior têm direito, gratuita e anualmente, aos seguintes tempos de antena: a) Dez minutos por partido representado na Assembléa da República, acrescidos de trinta segundos por cada deputado eleito; b) Cinco minutos por partido não representado na Assembléa da República com participação nas mais recentes eleições legislativas, acrescidos de trinta segundos por cada 15 000 votos nelas obtidos; c) Sessenta minutos para o Governo e sessenta minutos para os partidos representados na Assembléa da República que não façam parte do Governo, a ratear segundo a sua representatividade; d) Noventa minutos para as organizações sindicais, noventa minutos para as organizações profissionais e representativas das atividades econômicas e cinquenta minutos para as associações de defesa do ambiente, do consumidor e dos direitos humanos, a ratear de acordo com a sua representatividade; e) Quinze minutos para outras entidades que tenham direito de antena atribuído por lei.”

²⁷⁴ “Art. 53. Acesso ao direito de antena. [...] 3 - As entidades referidas no n.º 1 têm direito, gratuita e anualmente, aos seguintes tempos de antena: a) Dez minutos por partido representado na Assembléa da República, ou nas Assembléas Legislativas das regiões autônomas, acrescidos de quinze segundos por cada Deputado eleito; b) Cinco minutos por partido não representado na Assembléa da República, ou nas Assembléas Legislativas das regiões autônomas, com participação nas mais recentes eleições legislativas, acrescidos de quinze segundos por cada 15 000 votos nelas obtidos; c) Sessenta minutos, por categoria, para as organizações sindicais, profissionais e representativas das atividades econômicas e sessenta minutos para as restantes entidades indicadas no n.º 1, a ratear de acordo com a sua representatividade; d) Dez minutos por outras entidades que tenham direito de antena atribuído por lei.”

²⁷⁵ MACHADO, 2002, p. 682-683.

da doutrina espanhola de entender o direito protegido por este artigo como o de acesso de grupos sociais e políticos significativos a tempos de antena gratuitos nas emissões dos meios de comunicação. O autor destaca, ainda, a sua característica multifacetada:

O artigo 20.3 da Constituição não se limita exclusivamente a reforçar a dimensão objetiva das liberdades comunicativas. Como observado pelo Tribunal Constitucional, o art. 20.3 impõe ao “legislador um mandato (a garantia de acesso a esses meios de importantes grupos sociais e políticos), que dá esses grupos, no mínimo, o direito de exigir que nada impeça esse acesso. **Em outras palavras, como o art. 20.3 tem a mesma natureza das liberdades de expressão e informação, também se caracteriza pela sua natureza dual (subjéctiva e objectiva)** [...] o reconhecimento constitucional do acesso aos meios de comunicação pública também é uma das garantias de pluralismo interno dos meios de comunicação pública, pois possibilita a expressão de pontos de vista de diferentes grupos ideológicos na sociedade.²⁷⁶ (grifo nosso)

Regula este dispositivo o art. 8.1 da Lei 4, de 10 de janeiro de 1980 (“Estatuto do Rádio e da Televisão”), segundo o qual compete ao Conselho de Administração de Radiotelevisão Espanhol determinar, semestralmente, a percentagem de horas de programação destinada aos grupos políticos e sociais significativos, fixando os critérios de distribuição do tempo de antena entre eles²⁷⁷.

Por sua vez, a titularidade do direito de antena previsto na legislação francesa restringe-se aos grupos políticos que tenha representação no parlamento. Além da previsão de regras específicas para o período eleitoral²⁷⁸, há previsão no art. 45-I da Lei de Liberdade de Comunicação de que cada assembléia parlamentar pode produzir e ter difundido, nos meios de comunicação públicos, um programa que informe a população acerca do andamento de seus trabalhos. Conforme esclarece Artemi Rallo Lombarte, a positivação desta regra se

²⁷⁶ MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio. El derecho de acceso a los medios de comunicación públicos de los grupos sociales e políticos significativos en el Estado Social y Democrático de Derecho. In: **Revista de Teoría y Realidad Constitucional**. Madrid, UNED, 2006. n. 18, p. 223-250. p.237. No original: “Sin embargo, el artículo 20.3 de la Constitución no se limita exclusivamente a reforzar la dimensión objetiva de las libertades comunicativas. Como apunta el Tribunal constitucional, el artículo 20.3 impone «al legislador un mandato (la garantía de acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos), que concede a esos grupos al menos el derecho a exigir que no se haga nada por impedir dicho acceso. Dicho de otro modo, al participar el artículo 20.3 de la misma naturaleza de las libertades de expresión e información, también participa de su doble naturaleza (subjéctiva y objetiva) [...] el reconocimiento constitucional del acceso a los medios públicos también es uno de los instrumentos de garantía del pluralismo interno de los medios de comunicación públicos puesto que posibilita la manifestación de las opiniones de los distintos grupos ideológicos de la sociedad”.

²⁷⁷ Destaque-se que Alegria critica a escassez de normas que regulem de forma mais determinada o instituto do direito de antena: “Ya han pasado más de 25 años desde la aprobación de la Constitución y la garantía del acceso a los medios de comunicación dependientes del Estado continúa siendo una asignatura constitucional pendiente. Por ello, es ineludible una legislación que desarrolle y garantice el citado acceso de acuerdo con el mandato del artículo 20.3 de la Constitución y que, a su vez, sea coherente con el modelo de Estado establecido en el artículo 1 de la misma.” Tradução livre: “Já se passaram 25 anos desde a promulgação da Constituição e a garantia de acesso aos meios de comunicação controlados pela Constituição do Estado continua a ser uma disposição constitucional pendente. Portanto, é indispensável uma legislação desenvolva e garanta o dito acesso, em conformidade com o mandato do artigo 20.3 da Constituição, que, por sua vez, é consistente com o modelo de Estado previsto no artigo 1º.” MAGDALENO, 2006, p. 247.

²⁷⁸ Arts. 13 a 16 da Lei 86-1067, de 30 de setembro de 1986 - “Lei da Liberdade de Comunicação”.

baseia: (i) na premissa de que a formação de uma opinião pública livre exige uma expressão pluralista das correntes de opinião e pensamento, e que os meios de comunicação devem compor a interlocução entre a cidadania e os partidos políticos; (ii) na importância de um espaço aberto ao debate público, que reflita a representatividade dos grupos e formações políticas que compõem o parlamento; (iii) na necessidade de aproximar a instituição “parlamento” da população, e (iv) na constatação de que existe nas democracias modernas um notório desconhecimento por parte da população das atividades do poder público²⁷⁹.

No direito brasileiro, a adoção do direito de antena se dá nos períodos pré-eleitorais, nos termos do art. 17, §3º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”. O art. 47 da Lei 9.054, de 30 de setembro de 1997, estabelece que as emissoras de rádio e de televisão, bem como os canais de televisão por assinatura do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou das Câmaras Municipais, reservarão, nos quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita²⁸⁰. Também há previsão semelhante nos arts. 45 e 46 da Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995, pelo qual as emissoras de rádio e de televisão são obrigadas a transmitir a propaganda partidária gratuita, para que os partidos políticos possam difundir seus programas partidários, transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do mesmo e das atividades congressuais do partido, e divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários.

Note-se que essas são as únicas hipóteses de direito de antena previstas em nossa legislação, o que pode gerar discussão acerca da possibilidade de uma adoção mais ampla, haja vista que não se fala em acesso de grupos sociais ou organizações do terceiro setor, ficando o direito restrito aos partidos políticos. Segundo Fábio Konder Comparato – para quem o direito de antena é “direito fundamental do povo de livre comunicação por meio do rádio e da televisão”²⁸¹ – o ordenamento jurídico brasileiro carece de instituição, em lei, de um direito de antena mais amplo, hábil a estabelecer uma ocupação efetiva, pelo povo, do

²⁷⁹ RALLO LOMBARTE. La garantía del pluralismo informativo en Francia: el Conseil Supérieur de L’Audiovisuel. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Ano 20, N. 59, 2000. p. 93-138.

²⁸⁰ Note-se que, no horário eleitoral o que é gratuito é o acesso de candidatos, partidos e coligações aos meios de comunicação. A veiculação do horário eleitoral, não é gratuita. A legislação eleitoral prevê a compensação fiscal para as emissoras de rádio e televisão, regulamentada pelo Decreto nº 5.331/2005.

²⁸¹ COMPARATO, 2003, p. 31-32.

espaço público de comunicação social²⁸².

3.5.2.3 *Direito de oposição a comunicação dos poderes públicos*

Considerando a prerrogativa do poder público de acesso às empresas radiodifusoras para pronunciamentos oficiais, é possível verificar no ordenamento jurídico português a adoção de um direito de oposição a comunicações do governo (regulamentado pelo art. 57º da Lei da Rádio e pelo artigo 64º da Lei da Televisão).

A lógica que vigora em sua implementação é baseada na importância de um debate plural e aberto. Sendo certo que o poder público pode utilizar determinados veículos para pronunciar-se oficialmente, caberia, em contraposição, garantir aos partidos políticos da oposição o direito de manifestar-se sobre os mesmos, oferecendo as contestações e considerações que julgar cabíveis.

Conforme ensina Jónatas E. M. Machado, o Estado surge frequentemente como o mais forte protagonista na dinamização comunicativa do sistema social, propagando valores, princípios e políticas públicas²⁸³. Ora, se a lógica implementada pelo Estado Democrático de Direito presume uma participação consciente no debate, fundada no conhecimento de toda informação e pontos de vista relativos à matéria, a adoção da prerrogativa em questão pode se revelar salutar e produtiva para o debate.²⁸⁴

Na mesma linha, foi adotado pelo direito francês um direito de réplica diante de comunicações oficiais do governo realizadas nas emissoras públicas de televisão e rádio, no art. 54 da Lei 86-1067, de 30 de setembro de 1986 (“Lei da liberdade de comunicação”)²⁸⁵.

²⁸² Ibid., p. 31. É a mesma a conclusão de André de Godoy Moraes, para quem “o direito de antena deveria, portanto, ser estendido às organizações representativas das principais correntes políticas – não apenas aos partidos políticos -, sindicais e profissionais da sociedade brasileira. MORAES, 2009, p. 408. No mesmo sentido, cf. SUIAMA, Sergio Gardenghi. A voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Ano I, n. 5. Brasília: ESMP, 2002. p. 111-112.

²⁸³ MACHADO, 2002, p. 688.

²⁸⁴ “[...] a despeito de suas virtualidades, este [o direito de réplica política] não dá conta da complexa problemática associada ao especial protagonismo comunicativo de que o Governo dispõe pelo simples fato de definir, defender e conduzir a política geral do país, o qual transcende os direitos de antena, resposta e réplica. O mesmo só pode ser resolvido através de um direito da comunicação apostado no enfraquecimento dos mecanismos de influência política estadual sobre as estruturas da comunicação.” Ibid., p. 690.

²⁸⁵ “O Governo pode, a qualquer tempo, programar a exibição para a sociedade nacional do programa referido no artigo 44, para realizar quaisquer declarações ou comunicações que considere necessárias. As emissões serão anunciadas como vindo do Governo. Elas podem dar origem a um direito de resposta em conformidade com as normas estabelecidas pelo Conselho Superior do Audiovisual.” No original: “Article 54. Le Gouvernement peut à tout moment faire programmer par les sociétés nationales de programmes mentionnées à l'article 44 toutes les déclarations ou communications qu'il juge nécessaires. Les émissions sont annoncées

Apesar de não haver publicado instrumento normativo específico regulando a matéria, o Conselho Superior do audiovisual francês desenvolveu, no âmbito de seus casos concretos, os seguintes critérios de exercício deste direito: (i) não cabe nenhuma exceção ou restrição ao direito de réplica (ainda que o Conselho não tenha recebido comunicação oficial do governo a respeito de seu pronunciamento); (ii) os favorecidos por este direito são as formações políticas que não pertençam à maioria e que estejam representadas na Assembléia Nacional; (iii) o tempo de réplica concedido é equivalente ao da pronúnciação governamental da qual origina o exercício, atribuído aos interessados em exercê-lo proporcionalmente à sua representação na Assembléia Nacional, e (iv) o Conselho se dirige aos presidentes das emissoras, solicitando reserva de tempo na emissão, por um período dentro de um determinado dia, em condições de programação globalmente equivalentes à da declaração governamental²⁸⁶.

A favor da adoção de tal mecanismo pelo ordenamento jurídico brasileiro, temos a lição de Ana Paula de Barcellos. A autora entende que pode se extrair do sistema democrático organizado pela Constituição Brasileira, “diretamente e com facilidade”, o direito dos grupos políticos de oposição ao governo de igual acesso ao rádio e à televisão para formular as críticas que entenderem pertinentes às informações divulgadas pelo governo. Segundo a autora,

Do ponto de vista dogmático, portanto, basta construir: (i) o dever de convocação de tais redes pelos Chefes dos Executivos, para o fim de levar ao conhecimento da população informação relevante sobre a ação estatal (o dever, portanto, e não apenas a faculdade); e (ii) o direito da oposição de se valer do mesmo mecanismo para formular as críticas que julgar pertinentes ao pronunciamento oficial, de modo a neutralizar eventual promoção individual ou propaganda irregular e também a confrontar, se for o caso, a veracidade e consistência dos dados fornecidos ao público.²⁸⁷

No mesmo sentido, Edilson de Farias apóia a adoção da medida no direito brasileiro, já que o contraditório estabelecido entre oposição e governo constitui uma oportunidade proeminente para a consecução de um debate franco e aberto sobre os temas de interesse público²⁸⁸.

comme émanant du Gouvernement. Elles peuvent donner lieu à un droit de réplique dont les modalités sont fixées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Un décret en Conseil d'Etat précise les obligations s'appliquant aux sociétés assurant la diffusion par voie hertzienne terrestre des sociétés nationales de programme, pour des motifs tenant à la défense nationale, à la sécurité publique et aux communications du Gouvernement en temps de crise.”

²⁸⁶ RALLO LOMBARTE, 2000, p. 124.

²⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação**. Mimeografado, 2010. p. 31.

²⁸⁸ FARIAS, 2004, p. 237.

3.5.2.4 Cotas de conteúdo independente e regional

A regulação do mercado de comunicação social envolve a proteção de uma série bens jurídicos, que em alguns casos, podem se concretizar através da implementação de políticas públicas com abordagens distintas.

Esse é o caso das cotas de conteúdo independente e regional, comumente estabelecidas no direito comparado, no âmbito dos serviços de TV aberta e fechada. Elas representam tanto um estímulo ao mercado interno de produção audiovisual, quanto um mecanismo de promoção do pluralismo interno nesses veículos. Estabelecer esse tipo de cota fomenta o desenvolvimento da indústria audiovisual nacional, ampliando as possibilidades mercadológicas de exibição do conteúdo produzido pelas produtoras independentes.

Conforme se extrai do inciso IV do art. 1º da Medida Provisória 2.228-1, de 06 de setembro de 2001, as produtoras independentes são aquelas que não têm qualquer associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas de serviços de radiodifusão de sons e imagens ou operadoras de comunicação eletrônica de massa por assinatura²⁸⁹. Desvincilhando a produção de parcela da programação exibida dessas empresas, gera-se um ganho de pluralismo interno.

Ao mesmo tempo, a obrigação de regionalização de parte do conteúdo garante não apenas a divulgação de assuntos de interesse local, mas também a expressão e a divulgação da identidade cultural característica de cada região de um país. Em ambos os aspectos, verifica-se um ganho no número de emissores de mensagens e pontos vista, bem como na diversidade de conteúdo divulgado pelos veículos vinculados à obrigação. No caso do Brasil, cujo território é comumente caracterizado como de “dimensões continentais”, tal medida representaria um aumento indiscutível do que é entendido neste trabalho como “pluralismo”.

Do ponto de vista jurídico e político, esse mecanismo pode ser entendido como uma

²⁸⁹ Note-se que a definição trazida no âmbito deste diploma legal se refere a “obra cinematográfica de produção independente”: “Art. 1º Para fins desta Medida Provisória entende-se como: [...] IV - obra cinematográfica e videofonográfica de produção independente: aquela cuja empresa produtora, detentora majoritária dos direitos patrimoniais sobre a obra, não tenha qualquer associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas de serviços de radiodifusão de sons e imagens ou operadoras de comunicação eletrônica de massa por assinatura;”. Ressalte-se que a redação atual do inciso XIX do art. 1º do PLC 116/2010 traz definição específica para o termo produtora brasileira independente, que seria a “produtora brasileira que atenda os seguintes requisitos, cumulativamente: a) não ser controladora, controlada ou coligada a programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviço de radiodifusão de sons e imagens; b) não estar vinculada a instrumento que, direta ou indiretamente, confira ou objetive conferir a sócios minoritários, quando estes forem programadoras, empacotadoras, distribuidoras ou concessionárias de serviços de radiodifusão de sons e imagens, direito de veto comercial ou qualquer tipo de interferência comercial sobre os conteúdos produzidos; c) não manter vínculo de exclusividade que a impeça de produzir ou comercializar para terceiros os conteúdos audiovisuais por ela produzidos;”

intervenção mais branda nas atividades dos veículos de televisão. Isto porque, ao contrário de mecanismos como o direito de antena - em que a reserva de espaço dentro da programação dá lugar à exibição de um conteúdo totalmente determinado por um terceiro -, dependendo da forma como forem implementadas, as cotas de conteúdo reservam um grau de liberdade editorial ao agente, que, respeitando os requisitos previstos em lei, pode escolher o conteúdo com o qual preencherá o espaço reservado.

O estímulo à regionalização do conteúdo é característico da maior parte dos sistemas de comunicação social verificados no direito comparado, sendo muito marcante no âmbito da União Européia. O art. 17 da Diretiva 13/2010 preceitua que os Estados-membros velarão para que, através de meios adequados, os organismos de radiodifusão televisiva reservem um mínimo de 10% do seu tempo de antena, ou de 10% do seu orçamento de programação para exibição de obras européias provenientes de produtores independentes dos organismos de radiodifusão televisiva²⁹⁰. A regra parte do pressuposto de que reservar uma parcela de mercado aos produtores independentes estimula o aparecimento de novas fontes de produção televisiva (nomeadamente a criação de pequenas e médias empresas) e oferece novas perspectivas abertas à criatividade, às profissões culturais e aos trabalhadores do sector cultural,

Na Alemanha, a norma que trata do direito de acesso à programação televisiva se assemelha às “cotas de conteúdo independente e regional”. De acordo com o art. 31 do Acordo Interestadual de Televisão, este acesso se dará através de “janelas” na programação original do canal, que devem ser preenchidas com conteúdo independente e regional, preferencialmente relacionado a cultura, educação e informação.

Conforme demonstrado no item 4.5.3 supra, a experiência de cotas de programação independente e regional na regulação norte-americana (através da *Prime Time Access Rule* e das regras de Fyn-Syn) teve papel fundamental no fomento e na pulverização da indústria audiovisual – que hoje é globalmente reconhecida como a mais desenvolvida.

Em seu art. 221, a Constituição Brasileira elege o incentivo à produção independente e

²⁹⁰ Na íntegra: “Artigo 17. Sempre que tal se revele exequível e através de meios adequados, os Estados-Membros velarão por que os organismos de radiodifusão televisiva reservem pelo menos 10% do seu tempo de antena, com exclusão do tempo consagrado aos noticiários, manifestações desportivas, jogos, publicidade, serviços de teletexto e televenda, ou em alternativa, à escolha do Estado-Membro, pelo menos 10% do seu orçamento de programação a obras européias provenientes de produtores independentes dos organismos de radiodifusão televisiva. Essa percentagem, tendo em conta as responsabilidades dos organismos de radiodifusão televisiva para com o seu público em matéria de informação, educação, cultura e diversão, deve ser obtida progressivamente com base em critérios apropriados. Essa percentagem deve ser atingida reservando-se uma percentagem adequada a obras recentes, isto é, a obras difundidas num lapso de tempo de cinco anos após a sua produção.” Note-se que esta determinação tem reflexo no arcabouço regulatório de cada um dos países-membros, conforme se verifica.

à regionalização como um dos objetivos da política aplicável aos meios de comunicação social:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: [...] II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; [...]

No direito brasileiro, não consta concretização em lei destas finalidades dos serviços de radiodifusão. Não obstante, o PLC 116/2010 traz proposta de cotas de conteúdo para os serviços de televisão por assinatura. A atual redação do art. 16 obriga os canais de espaço qualificado²⁹¹ a veicular, no mínimo, três horas e meia de conteúdo brasileiro, devendo ser metade deste conteúdo produzido por empresa produtora brasileira independente.

Trata-se de mais uma medida salutar do Projeto, que já foi citado em outras oportunidades como uma proposta que representa evolução do debate brasileiro no tratamento destes temas. Sem desconsiderar seus méritos, que indubitavelmente existem, há que se destacar que ele, ainda que aprovado nos termos atuais, não é suficiente para promover o grau desejável de pluralismo no mercado de comunicação. As peculiaridades do mercado brasileiro que permitem essa conclusão serão expostas na próxima seção.

3.6 Regulação de mídia e pluralismo no Brasil

3.6.1 Contextualizando o debate

Nesta última etapa do trabalho, será abordada a promoção de pluralismo na mídia dentro da perspectiva do direito brasileiro. Serão expostos o arcabouço legal vigente e os principais debates acerca da regulação do mercado de comunicação social, a fim de justificar algumas propostas de promoção do pluralismo ao nosso contexto político, econômico e social.

Primeiramente, é importante apontar algumas características da legislação infraconstitucional que regula o mercado de comunicação social no Brasil. Uma delas diz respeito à sua pulverização, pois as regras aplicáveis são extremamente dispersas,

²⁹¹ Segundo as definições constantes no art. 1º do PLC 116/2010 (versão consultada em 16/04/2011): II – Canal de Espaço Qualificado: canal de programação que, no horário nobre, veicule majoritariamente conteúdos audiovisuais que constituam espaço qualificado;” e “Espaço Qualificado: espaço total do canal de programação, excluindo-se conteúdos religiosos ou políticos, manifestações e eventos esportivos, concursos, publicidade, televentas, infomerciais, jogos eletrônicos, propaganda política obrigatória, conteúdo audiovisual veiculado em horário eleitoral gratuito, conteúdos jornalísticos e programas de auditório ancorados por apresentador;”.

principalmente no que toca à delegação de competências aos órgãos da administração pública direta e indireta para regulação e acompanhamento do setor²⁹².

Conforme ressaltado anteriormente, a dificuldade de uniformizar o tratamento dispensado ao setor de mídia é inerente à diversidade de atividades econômicas e modelos de negócios que o caracterizam. Não obstante, esta dispersão pode, em algum grau, prejudicar o entendimento uníssono sobre a esfera pública de debate e o tratamento isonômico dos agentes públicos e privados que a compõem. O caso dos serviços de televisão por assinatura é um bom exemplo desta pulverização, pois apesar deles se basearem numa mesma lógica jurídica e econômica²⁹³, seu tratamento regulatório se dá de forma bastante segmentada, em função do meio físico de transporte do sinal utilizado. O serviço de TV a cabo, que é regulado pela Lei 8.977, de 06 de janeiro de 1995 (“Lei do Cabo”), e prestado em regime de concessão, traz um rol de obrigações para o prestador do serviço bem mais extenso do que aquele previsto para os serviços de satélite (DTH) e microondas (MMDS). Por sua vez, estes dois são prestados em regime de autorização e regulados, respectivamente, pelas Portarias Anatel 321 de 21 de maio de 1997 (que aprova a Norma 008/97) e 254, de 16 de abril de 1997 (que aprova a Norma 002/94-REV/97).

Ademais, há que se notar que uma boa parte do arcabouço legal aplicável ao setor já se encontra ultrapassada. Principalmente no tocante aos serviços de radiodifusão, cuja regulação – consagrada, principalmente pela Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962, alterada pelo Decreto n.º 236, de 28 de fevereiro de 1967 (“Código Brasileiro de Telecomunicações”) e pelo Decreto n.º 52.795, de 31 de outubro de 1963 (“Regulamento dos Serviços de Radiodifusão”) - data da época em que ainda vigorava no país o regime de ditadura militar (donde se subentende não apenas uma defasagem de natureza tecnológica, mas também uma inconsistência da base política e ideológica que originou esses instrumentos em relação àquela que hoje caracteriza o Estado Democrático de Direito Brasileiro). Não se verifica, no caso brasileiro, um movimento comum à maioria das democracias estudadas, de modernização da legislação aplicável ao setor de comunicação (principalmente no tocante aos serviços audiovisuais). Em geral, este processo foi resultado do avanço tecnológico que permitiu o aperfeiçoamento das tecnologias de transporte do sinal, o surgimento de novas mídias e o

²⁹² Conforme vimos na seção 3.3 supra.

²⁹³ No sentido de que consistem em serviços de telecomunicações sob a égide do art. 21, V da Constituição, em que consumidor paga pela prestação de serviços de televisão (no sentido de distribuição de conteúdo audiovisual), sendo todos regulados pela Agência Nacional de Telecomunicações.

fenômeno da convergência²⁹⁴.

Especificamente em relação à liberdade de imprensa, há que se mencionar a revogação da Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967 (“Lei de Imprensa”) pelo Supremo Tribunal Federal em 30 de abril de 2009, em sede da ADPF 130²⁹⁵. O diploma, promulgado durante o regime ditatorial com o intuito de “regular” a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, foi entendido pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto²⁹⁶ como integralmente incompatível com a Constituição, principalmente em razão do contexto político de sua promulgação²⁹⁷. Note-se que a antiga Lei de Imprensa, de fato, em muito se mostrava como instrumento de um regime totalitário para intervir de forma intimidadora nas atividades dos jornalistas²⁹⁸. Não obstante, o entendimento sobre a inconstitucionalidade integral das suas disposições não foi unânime entre os Ministros do Supremo que participaram do julgamento. Segundo o Ministro Gilmar Mendes²⁹⁹, por exemplo, algumas disposições daquela Lei – como a que regulamentava o exercício do direito de resposta, por exemplo – não eram incompatíveis com a Constituição Federal, mas sim regulavam a garantia de direitos do indivíduo e dos próprios meios de comunicação. Não logrou sucesso esta linha de interpretação, tendo predominado o entendimento sobre a impossibilidade de “descontaminação”³⁰⁰ dos demais dispositivos da Lei.

²⁹⁴ Como é o caso, por exemplo, do “Communications Act 2003” no Reino Unido; da Lei Geral de Comunicação Audiovisual na Espanha (Lei 7/2010); do “Communications Act” dos Estados Unidos, originalmente de 1934 e atualizado em 1996, 2005 e 2006; da Lei n° 2004-669 Francesa, relativa às comunicações eletrônicas e aos serviços de comunicação audiovisual, e da Lei 26.522/09 Argentina.

²⁹⁵ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130-7/2008-DF. Min. Relator Carlos Ayres Britto, j. 29/04/2009. Pegar publicação no DOU.

²⁹⁶ Acompanhado pelos Ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello.

²⁹⁷ Segundo trecho do voto do Relator, “A [então] atual Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num longo período autoritário de nossa história, de Estado soberano, conhecido como “anos de chumbo” ou “regime de exceção” (período que vai de 31 de março de 1964 a princípios do ano de 1985). Regime de exceção escancarada ou vistosamente inconciliável com os arejados cômodos da democracia afinal resgatada e orgulhosamente proclamada na Constituição de 1988. E tal impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical, destarte), contamina toda a Lei de Imprensa: I – quanto ao seu arditoso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da lógica matreira de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; II – quanto ao seu *spiritus rectus* ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Projeto de poder que, só para ficar no seu viés político-ideológico, imprimia forte contratura em todo o pensamento crítico e remetia às *calendas gregas* a devolução do governo ao poder civil.”

²⁹⁸ Como, por exemplo, no caso da imputação de responsabilidade penal diretor responsável por publicações ou veiculações.

²⁹⁹ Que votou pela inconstitucionalidade parcial da lei, acompanhado pelo Ministros Joaquim Barbosa e pela Ministra Ellen Gracie. No mesmo sentido foi o parecer proferido pelo então Procurador Geral da República Antonio Fernando Souza.

³⁰⁰ Segundo o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, “a técnica de interpretação conforme a constituição não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, sob pena de descabido incursão do intérprete em legiferação por conta própria.”

Assim, é importante consignar, desde já, a importância de uma revisão do marco regulatório das comunicações que permita a modernização do aparato legal hoje existente (incluindo a criação de um órgão regulador com competências voltadas para o mercado de comunicação social). Também é importante oferecer algum grau de uniformização às políticas públicas dirigidas às atividades econômicas que hoje compõem o mercado de comunicação social, protagonistas debate livre e plural que fundamenta o regime democrático.

Muito embora o quadro legal atualmente vigente não reflita a preocupação do legislador infraconstitucional em efetivar a democratização dos meios de comunicação condizente com a Constituição de 1988, é possível identificar alguns avanços incipientes neste debate. Um deles foi a realização, em dezembro de 2009, da Conferência Nacional de Comunicação (“Confecom”), em que, pela primeira vez, o Estado Brasileiro instituiu um mecanismo formal de consulta a toda sociedade sobre os rumos que deveria tomar o mercado de comunicação social³⁰¹.

A conferência contou com a participação de representantes da sociedade civil, do mercado empresarial³⁰² e do poder público, que debateram propostas previamente aprovadas nas conferências estaduais e distrital. Foram 633 propostas sobre diversos temas, muitos deles relacionados à necessidade de promoção de pluralismo no setor, tais como: o combate à concentração através da determinação de limites à propriedade horizontal, vertical e cruzada; a garantia de espaço para produção regional e independente; e a necessidade de regras mais transparentes e democráticas para concessões e renovações de outorgas, com o objetivo de ampliar a pluralidade e a diversidade de conteúdo³⁰³.

A maior parte destas propostas depende de encaminhamento ao poder legislativo para que possam se tornar políticas públicas concretas.³⁰⁴ Algumas delas estão contidas em projetos de lei já existentes e em tramitação no Congresso Nacional, mas que nunca contaram com a mobilização necessária à sua aprovação. Por esses motivos, a verdadeira efetividade da Conferência é criticada por alguns representantes do setor, descrentes na capacidade das

³⁰¹ BRANT, João e BARBOSA, Bia. As iniciativas da sociedade civil para dar rumo às políticas de comunicação no Brasil. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Saúde**, v. 4, n. 4, 2010. p. 36-44. p. 41.

³⁰² Destaque-se que importantes representantes do setor empresarial optaram por não participar da Confecom, tais como a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (“ABERT”), a Associação Nacional de Jornais (ANJ) e a Associação Nacional de Editores de Revistas (“ANER”).

³⁰³ Sobre as propostas, cf. “CADERNO da 1ª Conferência Nacional de Comunicação”, publicação do Ministério das Comunicações. Disponível em: <http://www.secom.gov.br/sobre-a-secom/publicacoes/confecom/confecom/confecom-14_10_2010.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2010.

³⁰⁴ “Um estudo realizado pelo Deputado Paulo Henrique Lustosa (PMDB – CE) demonstra que cerca de 35% das propostas aprovadas na Confecom implicam em alguma forma de ação legislativa no Congresso Nacional. Além disso, o relatório informa que, deste percentual, que representa 222 propostas, dois terços (148) já são motivo de alguma ação, como projetos de lei, em pelo menos uma das casas legislativas do país.” BRANT, João e BARBOSA, Bia. 2010, pág. 43.

propostas aprovadas se concretizarem.

O debate acerca do PLC 116/2010, que “dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado”, também representa um avanço no tocante à regulação da comunicação social e do pluralismo na mídia. Ao unificar o regime jurídico aplicável aos serviços de TV por assinatura, o Projeto atualiza alguns mecanismos já conhecidos e implementa outros (conforme foi apontado), tornando a regulação do setor mais moderna e condizente com as finalidades democráticas da mídia.

A promoção da diversidade cultural e do pluralismo das fontes de informação e programação configura um dos princípios enumerados no art. 3º do PLC 116/10³⁰⁵. É possível identificar o reflexo desta preocupação em algumas medidas que o texto visa implementar, tais como: (i) o estabelecimento de cotas de conteúdo independente e regional para os chamados “canais de espaço qualificado”, conforme a redação atual do art. 16 (pluralismo interno); (ii) o estabelecimento de cotas de canais brasileiros e de canais jornalísticos, conforme a redação atual dos arts. 17 e 18, respectivamente, e principalmente, (iii) a remoção dos entraves à participação das empresas de telecomunicações no mercado de TV por assinatura, através da revogação do art. 15 da Lei do Cabo³⁰⁶ (o que pode ser considerado benéfico do ponto de vista do pluralismo externo)³⁰⁷.

É inegável que essas iniciativas têm grande importância para o debate (tanto simbólica quanto concreta). Entretanto, deve-se observar que, enquanto no caso da Confecom as propostas ainda se encontram em fase de elaboração ou tramitação pelo poder legislativo, o PLC 116/10 traz medidas que se limitam ao mercado de TV por assinatura – cuja penetração ainda é 17% das residências do país³⁰⁸ (e, diga-se de passagem, também não implementadas até a presente data).

Assim, a análise da legislação brasileira em vigor revela que, não obstante a recente

³⁰⁵ “Art. 3º. A comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios: I – liberdade de expressão e de acesso à informação; II – promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação; III – promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira; IV - estímulo à produção independente; V – estímulo ao desenvolvimento social e econômico do país; VI – liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado.”

³⁰⁶ “Art. 15. As concessionárias de telecomunicações somente serão autorizadas a operar serviço de TV a Cabo na hipótese de desinteresse manifesto de empresas privadas, caracterizado pela ausência de resposta a edital relativo a uma determinada área de prestação de serviço.”

³⁰⁷ Para uma análise da evolução desta e de outras propostas legislativas para o setor, cf. WIMMER, Miriam. Os Projetos de Lei de Comunicação de Massa por Assinatura: controvérsias, interesses e expectativas. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 2, n. 1, p. 231-258. Brasília, 2010.

³⁰⁸ Conforme dados divulgados pela AGÊNCIA Nacional de Telecomunicações disponíveis em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=22357>>. Acesso em: 12 mai. 2011.

evolução do debate sobre a regulação da comunicação social, ainda temos um arcabouço legal infraconstitucional que não reflete as exigências democráticas da Constituição. A ampla garantia à liberdade de expressão consignada pela Carta de 1988 não foi acompanhada da implementação, seja pelo poder legislativo, seja pelo executivo, de uma agenda regulatória para o setor que permitisse a efetiva consagração do regime jurídico que a própria Constituição reservou para o mesmo³⁰⁹. Inclusive no tocante à necessidade de pluralismo na mídia.

3.6.2 Proposta: parâmetros de constitucionalidade

Pelo exposto, constata-se a necessidade de promoção de pluralismo no mercado de comunicação social brasileiro³¹⁰. Ao mesmo tempo, é certo que a concretização desta finalidade exige a observância dos preceitos constitucionais e do papel da regulação³¹¹, conforme abordados ao longo do trabalho. É valiosa, então, a tentativa de traçar alguns parâmetros que auxiliem na aplicação da matéria ao caso brasileiro, que evitem o alto prejuízo às garantias constitucionais em jogo.

Não é demais repetir que a promoção de pluralismo nos meios de comunicação é uma finalidade legítima e em consonância com os preceitos democráticos da Constituição Brasileira. Sua importância é relacionada com a questão da representatividade dos interesses políticos e sociais, com o acesso à informação plural e com o desenvolvimento econômico do setor, principalmente das atividades relacionadas ao mercado audiovisual. Ao mesmo tempo, é inegável que a sua implementação pode implicar na restrição de outros bens jurídicos resguardados pela Constituição, como a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos e até de alguns aspectos que relacionam ao direito de liberdade de expressão (principalmente aqueles derivados da sua dimensão subjetiva).

Por estes motivos, é essencial que futuras políticas públicas que a tenham como objeto se utilizem de mecanismos regulatórios que observem os postulados constitucionais, pois só assim serão, além de legítimas, consistentes e estáveis o suficiente para atingir seus fins de forma eficiente, pelo período de tempo em que se demonstrarem necessárias.

Esta mesma preocupação foi demonstrada por C. Edwin Baker, ao tratar de

³⁰⁹ Nesse sentido: PIERANTI, Octavio Penna. “Políticas públicas para radiodifusão e imprensa”. Rio de Janeiro: FGV Editoria, 2007, pág. 77.

³¹⁰ Conforme recomendou o já citado relatório da UNESCO,

³¹¹ Conforme descrito em três perspectivas na seção 3.2 supra.

mecanismos como a restrição a operações societárias de empresas de mídia (que limitam direitos de propriedade) e os índices de audiência (que restringem o acesso de parte dos cidadãos ao discurso de uma determinada entidade). Defendendo a inviabilidade deste segundo tipo de restrição, o autor afirma:

Tenho enfatizado a premissa libertária central de caráter civil segundo a qual o governo não deve simplesmente buscar fins legítimos - cite-se a descentralização de titularidade como exemplo - e sim utilizar-se de meios admissíveis. As violações constitucionais, na maioria das vezes, não se devem a efeitos ou fins duvidosos, mas ao fato de que o governo opta por meios inadmissíveis.³¹²

Nesta passagem, C. Edwin Baker expressou uma constatação fundamental: a legitimidade dos fins a que se propõe a promoção de pluralismo no mercado de comunicação é de difícil contestação, estando em harmonia com os entendimentos sobre participação e liberdade de expressão que caracterizam as democracias atuais. A fragilidade destas políticas mora na possibilidade de eleição de mecanismos cujas restrições a outros direitos sejam inadmissíveis ou desproporcionais.

Isto posto, é uma das pretensões deste estudo oferecer uma contribuição, ainda que singela, para a matéria da implementação de mecanismos de promoção do pluralismo no direito brasileiro.

Resgatando brevemente os entendimentos já desenvolvidos e consignados, temos que:

- a) o pluralismo nos meios de comunicação é desejável, não apenas como um pré-requisito para uma esfera pública de debate democrática, mas também porque a sua promoção implica no desenvolvimento social e econômico de um maior número de agentes públicos e privados que atuam no mercado de comunicação social;
- b) uma política regulatória do mercado de comunicação social brasileiro deve ser pautada pelas diretrizes da Constituição Federal em matéria de liberdade de expressão. Hão de ser consideradas todas as liberdades de comunicação a ela relacionadas, à luz das suas dimensões subjetiva e objetiva de proteção e da sua instrumentalidade para a democracia;
- c) existe um dever constitucional de proporcionalidade dos poderes públicos, em função do qual é necessário que observem a adequação entre meios e fins e a utilização do meio menos gravoso para atingir os resultados desejados pelas

³¹² BAKER, 2007, p. 167. No original: “I have emphasized the central civil libertarian premisses that the government must not merely pursue legitimate ends – of which ownership dispersal is an instance – but must use permissible means. Constitutional violations most often occur not because of effects or objectionable ultimate goals but because the government chooses impermissible means.”

políticas implementadas. A intervenção regulatória no mercado de comunicação social não há que fugir desta regra;

- d) é possível verificar a adoção de políticas públicas voltadas para a promoção de pluralismo interno e externo nos meios de comunicação em diversas experiências democráticas do direito comparado; e
- e) a implementação de mecanismos regulatórios de promoção do pluralismo deve ser harmonizada em relação (i) ao contexto político, econômico e social do país e (ii) à realidade mercado estrutural e tecnológica do mercado. Nesse sentido, não há que se falar em mera transposição dos institutos ou entendimentos consignados no direito comparado, mas sim em avaliar a sua conformidade com as necessidades que caracterizam a ordem legal brasileiras.

A partir destes entendimentos, e da constatação de que há espaço dentro do arcabouço regulatório brasileiro para políticas de promoção do pluralismo na mídia, é possível chegar a três parâmetros de constitucionalidade que podem orientar a implementação desses mecanismos.

Cabe esclarecer que esses parâmetros são um resultado da conjugação entre as experiências práticas que verificadas no direito comparado e os preceitos da Constituição Brasileira que são aplicáveis à matéria – pluralismo político, liberdade de expressão, e principalmente, no tocante aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que exige o postulado da proporcionalidade.

Conforme foi visto, a escolha de mecanismos que atendam a esses três exames muitas vezes implica em análises qualitativas, quantitativas e de probabilidade que exigem do intérprete análises subjetivas e de difícil aferição de mérito. A verificação dos requisitos de adequação e necessidade no campo da regulação de pluralismo não foge desta dificuldade; no entanto, ela pode ser dirimida, em algum grau, pela observação dos aspectos abaixo descritos.

Dentro deste trabalho, esses parâmetros assumem o papel de proposta de orientação para futuras políticas públicas.

3.6.2.1 Proporcionalidade inversa entre pluralismo externo e pluralismo interno (ou parâmetro da “necessidade”)

A experiência alemã descrita na seção 3.4.2 supra traz um parâmetro de implementação de pluralismo condizente com as exigências constitucionais em jogo.

Relembrando, em decisão de 1986, a Corte Constitucional Alemã estabeleceu para o setor de televisão uma lógica segundo a qual, conforme aumenta o número de agentes difundindo informação e conteúdo na mídia, diminui a necessidade de mecanismos de promoção do pluralismo interno (exigências de conteúdo dentro do veículo). Este parâmetro, ao mesmo tempo em que reforça o zelo pelo pluralismo, considera o comando de mínima intervenção estatal no setor.

De fato, apesar de terem abordagens distintas, os mecanismos de pluralismo interno e externo partem de uma mesma lógica – diante da alta concentração do mercado, são criados mecanismos que permitem uma diversificação das fontes de informação e opinião, de forma que o resultado final seja um debate público mais representativo da diversidade social. Diante das exigências trazidas pelo dever de proporcionalidade, esses mecanismos devem ser usados com base num critério de necessidade. De tal forma que, diante dos meios que sejam igualmente eficazes na persecução do fim em vista, se escolha aquele que restrinja as liberdades dos veículos de comunicação em menor medida.³¹³

Assim, verificando-se um nível satisfatório de pluralismo externo dentro do mercado, a flexibilização de regras de pluralismo interno representa a opção pela utilização do meio menos gravoso, já que um maior número de agentes atuando no mercado representa a consecução da finalidade constitucional de pluralidade no discurso.

Note-se que esta é uma análise delicada, pois a eliminação de regras de pluralismo interno pressupõe um mercado de mídia que já atingiu o nível desejável de pluralidade de agentes. É um mercado onde as múltiplas visões oferecidas pelos veículos chegam, de fato, à maior parte da população. No caso dos Estados Unidos, por exemplo, a evolução tecnológica que permitiu o desenvolvimento dos serviços de TV por assinatura é apontada como um dos motivos que teria levado à abolição das regras de Fyn-Sin e da PTAR, já que o surgimento de novos veículos abrangentes inseriu mais agentes no mercado. Não obstante, há que se observar que, naquele contexto, os novos canais de televisão paga estavam, de fato, atingindo uma parcela significativa do mercado.

Dentro desta mesma lógica, também é possível observar alguns movimentos de flexibilização de regras de concentração de mídia a partir do desenvolvimento de novas tecnologias, que, indiscutivelmente, permitiu o aumento exponencial do número de agentes emitindo conteúdo de toda natureza³¹⁴. Entretanto, há que se ter cautela no exame da

³¹³ Relembrando o entendimento de Jónatas E. M. Machado já consignado na seção 2.2.1. anterior. “*Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*”, p. 736.

³¹⁴ Nesse sentido: *Media diversity in Europe*, p. 15 e WARD, 2005. p. 5.

obsolência dessas medidas. No caso da Internet, especificamente, C. Edwin Baker criticou a flexibilização promovida pela FCC nas regras de propriedade de mídia impressa, atentando para a necessidade de se fazer um estudo detalhado dos níveis de audiência dos veículos envolvidos (no caso em questão, o autor aponta que a audiência de blogs e veículos da internet também pode se revelar extremamente concentrada)³¹⁵.

O mercado brasileiro ainda se encontra num estágio de debate, e se nem consignou os primeiros mecanismos de promoção de pluralismo na mídia, naturalmente não haveria que se falar em flexibilização em função do critério da necessidade de regras que mal foram implementadas. Não obstante, é essencial que este parâmetro oriente as discussões atuais e as futuras políticas públicas desde já, afinal, o surgimento de diversas fontes de informação já é uma realidade aqui. É essencial ter essas circunstâncias em vista para que a implementação dessas políticas conte com a robustez e a segurança institucional necessárias à sua plena efetividade.

3.6.2.2 *Liberdade editorial e liberdade de programação*

A observação da liberdade editorial e de programação dos veículos também decorre do critério da necessidade, mas como a questão aqui se refere exclusivamente às regras de pluralismo interno, constitui um parâmetro de orientação autônomo.

Relembrando, a liberdade de programação se relaciona com os serviços de televisão e rádio, a consiste na possibilidade de conformação autônoma, pelo prestador do serviço, de uma seqüência planejada e ordenada de conteúdos publicísticos de natureza ótica e acústica, com vista a à sua difusão dirigida ao público (que é composto por interesses, valores, gostos e sensibilidades diferentes)³¹⁶. No âmbito da mídia impressa, o seu equivalente seria a “liberdade editorial”, que como a liberdade de programação, está contida dentro da liberdade de expressão e tem papel fundamental na construção e consolidação de uma esfera de debate robusta e desinibida em todos os domínios da vida pública. Por conseguinte, é essencial a sua observância quando da aplicação de mecanismos de pluralismo interno.

A manutenção destas prerrogativas é um importante instrumento contra abusos de setores públicos e privados, cujos interesses sejam negativamente afetados pelo discurso dos

³¹⁵ Cf. BAKER, C. Edwin. *Media concentration and democracy: why ownership matters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 76 e, do mesmo autor, *Media Concentration – Giving up on democracy*. Miami: Florida Law Review, v. 54, 2002, p. 839-918.

³¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E.M. *Reality Shows e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pág. 28.

veículos. A democratização dos meios de comunicação requer não apenas a variedade de conteúdo, mas também que os emissores de mensagens tenham a prerrogativa de expressar sua livre opinião sobre a matéria pública – o que não se confunde, é claro, com mensagens ilícitas, odiosas ou que distorçam a verdade dos fatos.

Ademais, as próprias idéias de liberdade de programação e de liberdade editorial estão em perfeita consonância com a promoção de pluralismo. Ora, se esta se origina justamente da necessidade de diversificar as opiniões e fontes de informação que caracterizam o debate, um alto prejuízo às liberdades editorial e de programação acabaria uniformizando os conteúdos veiculados, produzindo o efeito diametralmente oposto ao desejado.

É possível manter um maior grau de liberdade editorial através de instrumentos como as cotas de conteúdo (em que o programador ou radiodifusor escolhe como suprir os requisitos de conteúdo estabelecidos pela cota), do que aquele que se verifica, por exemplo, no direito de antena (em que ocorre a veiculação de uma mensagem originária de outro agente). Esta observação não se coloca contra o direito de antena; conforme demonstrado no item 4.6.2.1, o direito de antena se dirige a determinadas finalidades, e cumpre um papel fundamental dentro dos ordenamentos jurídicos que o adotam.

O argumento aqui é a favor de se utilizar a liberdade de programação e a liberdade editorial dos veículos como um dos parâmetros de aplicação das políticas públicas de pluralismo interno, pois são liberdades que devem ser protegidas na medida em que a finalidade das regras a serem implementadas assim o exigir. No caso da propaganda pré-eleitoral de partidos políticos (modalidade de direito de antena), por exemplo, essa liberdade editorial é bastante limitada em função das exigências de um momento específico do processo democrático. Entretanto, na medida em que for possível cumprir as finalidades almejadas garantindo o exercício dessas liberdades, será esse o modo de fazê-lo que mais atenderá os preceitos consignados na Constituição.

3.6.2.3 *Disponibilidade dos meios físicos necessários à prestação do serviço*

O outro parâmetro que pode ajudar a aferir a constitucionalidade das medidas em questão é a disponibilidade dos meios físicos necessários à prestação dos serviços de comunicação a que se refere. Trata-se de um parâmetro voltado para a regulação de infraestrutura, demandando, assim, uma análise mais técnica e jurídica sobre a escassez desses meios. Devido à complexidade tecnológica que caracteriza os setores de rádio e televisão

aberta e fechada, é neles que a observação deste parâmetro se revela necessária.

Principalmente no caso da radiodifusão, já que, segundo o art. 157 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 (“Lei Geral de Telecomunicações – LGT”) o espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público administrado pela ANATEL – que deverá observar o “emprego racional e econômico do espectro”, bem como a sua “utilização eficiente e adequada”³¹⁷. É necessário que a distribuição de frequências observe a necessidade de pluralismo, e que as regras de pluralismo interno mitiguem a limitação física de agentes (como a regulação alemã o faz em relação aos serviços público e privado de radiodifusão). É possível defender, ainda, a destinação de faixas do espectro para uso exclusivamente público³¹⁸, uma vez que a própria Constituição Federal reservou deveres e finalidades ao serviço de radiodifusão.

Por sua vez, o tratamento dos serviços de televisão por assinatura também pode ser analisado com base nesse parâmetro, consideradas as peculiaridades de cada meio de transporte do sinal utilizado. No caso do cabo, a prestação depende de uma infraestrutura que exigiu vultuosos investimentos dos concessionários, e cuja duplicação pode ser considerada impraticável³¹⁹, enquanto para operação de satélites a questão da escassez não representa uma limitação de agentes tão determinante³²⁰. Tal preocupação também não caracteriza os veículos que circulam através da Internet ou até mesmo os de mídia impressa.

A partir do momento em que é requisito de entrada de agentes em determinadas atividades econômicas, a disponibilidade de meio físico se revela um parâmetro essencial à aplicação da regulação pluralista, sendo certo que os casos de escassez requerem uma maior vigilância das regras de ingresso.

Essa circunstância também tem impacto sobre as regras de pluralismo interno, pois se já existe uma limitação física inerente à natureza do serviço, fica prejudicada, *a priori*, a promoção de pluralismo externo. Nesses casos, se a diversidade alcançada pela observação

³¹⁷ Lei 9.472, de 16 de julho de 1997:

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

“Art. 159. Na destinação de faixas de radiofrequência serão considerados o emprego racional e econômico do espectro, bem como as atribuições, distribuições e consignações existentes, objetivando evitar interferências prejudiciais.”

“Art. 160. A Agência regulará a utilização eficiente e adequada do espectro, podendo restringir o emprego de determinadas radiofrequências ou faixas, considerado o interesse público.”

³¹⁸ SARAIVA, Enrique, op. cit., pág. 67.

³¹⁹ “A rede de televisão a cabo pode ser considerada um monopólio natural na medida em que o elevado custo para o estabelecimento de infraestrutura física da rede torna ineficiente e às vezes impossível do ponto de vista econômico a existência de mais de uma rede na mesma localidade.” MORAES, André de Godoy. Op. cit., pág. 378.

³²⁰ Embora também guarde suas peculiaridades em relação a abrangência e possibilidade de regionalização da programação, outras questões tecnológicas que não se relacionam com a questão da escassez.

das regras de alocação de meio físico disponível não for suficiente, pode-se pensar no incremento das regras de pluralismo interno.

4 CONCLUSÃO

- a) A principal conclusão deste estudo é a de que a Constituição Brasileira de 1988 admite a intervenção regulatória por parte do Estado no mercado de comunicação social que tenha por objetivo a promoção de pluralismo neste setor. Esta constatação é resultado do encadeamento de outras conclusões, conforme o que se segue.
- b) A ordem jurídica brasileira se fundamenta em um regime democrático, implementado através do modelo de Estado Democrático de Direito. A concepção sobre democracia que se aplica é aquela que foi desenvolvida pela doutrina a partir da segunda metade do século XX, baseada na idéia de que a legitimação do regime acontece através da participação dos cidadãos ao longo de todo o processo político, e não apenas no momento de eleição dos governantes. O Estado Democrático de Direito Brasileiro, estabelecido a partir da promulgação da Constituição de 1988, se caracteriza pela convivência entre o princípio da soberania popular e o resguardo em sede constitucional de direitos fundamentais ao exercício da autonomia privada e da autonomia pública dos indivíduos.
- c) A essência normativa desses dois paradigmas foi refletida na Constituição Federal de 1988, que se apresenta como um instrumento caracterizado pela centralidade dos direitos fundamentais e pela diversidade de bens jurídicos resguardados, onde o pluralismo político configura fundamento da república, consagrado pelo art. 1, VI. O conteúdo substantivo deste preceito possui um valor individual e um valor coletivo. Enquanto valor coletivo, o pluralismo tem relação com a consecução do regime democrático anteriormente abordado. Conclui-se que a promoção de pluralismo não apenas está em harmonia com a Constituição Brasileira e é desejável, tendo em vista seu valor substancial, pois além de pré-requisito para uma esfera pública de debate democrática, sua promoção também se relaciona com o desenvolvimento social e econômico de um maior número de agentes públicos e privados que atuam no mercado de comunicação.
- d) Conclui-se, ainda, que a promoção de pluralismo também se justifica como uma necessidade oriunda da proteção constitucional da dimensão objetiva da liberdade de expressão. Este direito, cujo conteúdo é composto por uma série de garantias, apresenta-se numa dimensão subjetiva (cuja proteção que demanda uma postura estatal absteísta) e noutra objetiva (que pode demandar uma intervenção estatal

positiva nas atividades do setor). Diante destas duas possibilidades, a doutrina norte-americana desenvolveu, respectivamente, as teorias *libertária* e *democrática ou ativista* sobre o resguardo da liberdade de expressão pelo poder público. Diante da análise das disposições constitucionais aplicáveis à matéria, conclui-se que a Carta Brasileira de 1988 consignou a proteção de ambas as dimensões da liberdade de expressão, sendo admitidas, por conseguinte, a implementação de ambas as teorias dentro de nosso ordenamento jurídico.

- e) Sendo certo que a atividade dos poderes públicos deve ser embasada no dever de proporcionalidade, a implementação de mecanismos de promoção de pluralismo também deve seguir este preceito. Sua aplicação metodológica incide, ainda, sobre a possibilidade de colisão entre os dois tipos de políticas públicas que demanda a proteção da liberdade de expressão, já que correspondem a qualidades distintas de postura estatal diante do setor. Aplicando o dever de proporcionalidade ao objeto deste estudo, conclui-se que a implementação de mecanismos de promoção do pluralismo na mídia deve observar a proporcionalidade entre meios e fins. Através de uma análise sobre as três fases que compõem esse exame de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), constata-se que ela implica em juízos com alto grau de subjetividade. Principalmente no tocante à definição de critérios de medição da adequação e da necessidade (qualitativo, quantitativo ou probabilístico).
- f) Diante da importância de afastar visões estigmatizadas sobre a possibilidade de intervenção regulatória no mercado de comunicação social, conclui-se que a mesma não se justifica de forma condicionada ao tipo de postura que o Estado adota (absenteísta ou intervencionista), mas sim, diante do objetivo, ainda que mediato, de promoção da autonomia dos cidadãos. Analisando as formas de regular este setor, foram apontados cinco tipos de políticas públicas que, comumente, caracterizam esse tipo de atuação: (i) a implementação de um órgão regulador independente; (ii) a proteção de crianças e adolescentes; (iii) as restrições à publicidade; (iv) a implementação de um sistema de televisão pública, estatal e privada, e (v) a promoção de pluralismo.
- g) Constatou-se que a promoção do pluralismo pode acontecer mediante a promoção de pluralismo interno e externo. Considerando que esta última se refere ao número de agentes no mercado, esses mecanismos foram relacionados com os preceitos do direito da concorrência. Concluiu-se que a legislação pró-concorrência, por si só, não é

suficiente para garantir o pluralismo de fontes de informação e pontos de vista no mercado de comunicação social.

- h) Foram relatadas as experiências regulatórias da União Européia, Alemanha e Estados Unidos neste campo. Concluiu-se que o tratamento dado à matéria se condiciona ao contexto político e social de cada nação, bem como ao entendimento jurisprudencial sobre o direito fundamental à liberdade de expressão (mais especificamente, se a sua proteção é voltada para dimensão objetiva ou subjetiva). Ainda, constatou-se que, apesar dos fins constitucionais da regulação serem fixos, a forma de atendê-los pode variar de acordo com o contexto político, econômico e técnico da atividade de que se trata.
- i) Através da análise do debate no âmbito do direito pátrio, concluiu-se que a legislação referente ao setor de comunicação social, no Brasil, carece de unificação e modernização. No tocante aos debates sobre a evolução do marco regulatório, que inclui a possibilidade de implementação de mecanismos de promoção de pluralismo, foram identificados alguns avanços recentes no debate pátrio. Não obstante, conclui-se que o mercado brasileiro de comunicações, hoje, ainda carece de pluralismo, e que as medidas que representam essa evolução ainda não são suficientes para suprir as exigências oriundas do texto constitucional.
- j) Diante desta constatação, das conclusões desenvolvidas até aqui, e principalmente, da observação da matéria no direito comparado, foram propostos três parâmetros de interpretação que podem auxiliar a implementação de futuras políticas públicas nesse sentido: (i) proporcionalidade inversa entre pluralismo externo e pluralismo interno; (ii) liberdade editorial e liberdade de programação do veículo, e (iii) disponibilidade do meio físico necessário à prestação do serviço.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAKER, C. Edwin. **Media Concentration and Democracy – Why Ownership Matters**. New York: Cambridge University Press, 2007.

_____. **Media Concentration** – Giving up on democracy. Miami: Florida Law Review, v. 54. 2002. p. 839-918.

BARBOSA, Rui. **A Imprensa e o Dever de Verdade**. São Paulo: Com-Arte; Editora da Universidade de São Paulo, 1990. 80 p. (Clássicos do Jornalismo Brasileiro; 2). Disponível em:
<http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_AImprensa_eo_dever_da_verdade.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação**. Mimeografado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A Redemocratização do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Constituição, Liberdade de expressão e Classificação Indicativa. Invalidez da imposição de horários para exibição de programas televisivos*. RDE nº 11, 2008, p. 337-370.

_____. Liberdade de Expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos. In: “**Temas de Direito Constitucional – tomo III**”. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 105-106.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: **Temas de Direito Constitucional, Tomo IV**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 61-119.

_____. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In: **Revista de Direito do Estado**, Ano 3, n.º 10. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26-66.

BINENBOJM, Gustavo. **Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa** – As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 05 out. 2009.

_____. **Uma teoria do Direito Administrativo** - Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização”, cap. VI. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A Redemocratização do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

_____. **O Futuro da Democracia**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. **Estado, governo e sociedade** – para uma teoria geral da política. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BOTEIN, Michael; GINSBURG, Douglas H. **Regulation of the electronic mass media: law and policy for radio, television, cable, and the new video technologies**. St. Paul, Minnesota: West Group Publishing, 1998.

BRANT, João e BARBOSA, Bia. As iniciativas da sociedade civil para dar rumo às políticas de comunicação no Brasil. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Saúde**, v. 4, n. 4, 2010. p. 36-44.

BRITTOS, Valério Cruz; COLLAR, Marcelo Schmitz. Direito à comunicação e democratização no Brasil. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio de Matos e PIERANTI, Octavio Penna (org.). **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 72.

CADERNO da 1ª Conferência Nacional de Comunicação”, publicação do Ministério das Comunicações. Disponível em: <http://www.secom.gov.br/sobre-a-secom/publicacoes/confecom/confecom/confecom-14_10_2010.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2010.

CALAZANS, Paulo Murillo. A liberdade de Expressão como Expressão da Liberdade. In:

VIEIRA, José Ribas (Org.) **Temas de Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 67-116.

CALHOUN, Craig (org.). **Habermas and the Public Sphere**. Massachusetts: The NOTMID Press, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **Reality shows e Liberdade de Programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARTER, T. Barton; FRANKLIN, Marc A.; WRIGHT, Jay B. **The First Amendment and the Fifth Estate – Regulation of Electronic Mass Media**. 7. ed.. New York: Foundation Press, 2008.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. p. 121-122.

CAVALCANTI JÚNIOR, Flávio. Radiodifusão, democracia e regulamentação da mídia. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio de Matos e PIERANTI, Octavio Penna (org.). **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 164.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional e Contemporânea**. 4. ed.: Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 149-166.

_____. Controle Público e Social dos Meios de Comunicação. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo., v. 128, p. 27-32, out.-dez. 2003.

COMUNIDADE Européia. **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**. Bruxelas, 1997. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/124165_pt.htm>. Acesso em: 15 jan. 2011.

COMUNIDADE Européia, **Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral**, disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/>>. Acesso em: 01 mai. 2011

_____. Conselho Europeu, Divisão de Mídia, Diretório Geral de Direitos Humanos. **Media Diversity in Europe**. Strasbourg, 2002. Disponível em: <<http://www.ebu.ch/>>. Acesso em: 23 mai. 2011.

CZEPEK, Andrea; ULRIKE, Klinger. **Media Pluralism Between Market Mechanisms and Control: The German Divide**. International Journal of Communication, n. 4, 2010. p. 820-843. Disponível em: <<http://ijoc.org/>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DOWNS, Anthony. An economic theory of political action in a democracy. **Journal of Political Economy**, v. 65, n. 2, p. 135-150, 1957.

DOYLE, Gillian. **Media ownership: the economics and politics of convergence and concentration in the UK and European Media**. Londres: Sage Publications, 2002.

DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do art. 54 da Lei 8.884/94. **Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo**, vol. 3, nº 8, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue – the Theory and Practice of Equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e mídia: fundamentos para uma análise jurídica. Biblioteca Digital **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, abr./jun. 2009, Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/>>. Acesso em: 12 nov. 2009.

_____. Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 87-123.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado del Derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

FESTNER, Susana; PIERANTI, Octavio Penna. **Estudo comparativo de regras de must carry na TV por assinatura**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 9 abr. 2011.

FILGUEIRAS, Rodrigo Abdalla de Souza; OLIVEIRA, João Maria de; KUBOTA, Luiz Claudio. Efeitos da convergência sobre aplicação de políticas públicas para fomento dos serviços de informação e comunicação. In: **Panorama da Comunicação e das Telecomunicações no Brasil**. Brasília: IPEA, 2010.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão** – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Caio Mário Pereira da Silva Neto e Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Democracia y Disenso**. Una Teoria de La Libertad de Expresión. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

_____. Why the State? In: Harvard Law Review, **Faculty Scholarship Series**. Cabridge: Harvard Press University, 1987.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, Jueces y Control de La Administracion**, 4. ed. Madrid: Civitas, 1998.

GARDAM, Tim; LEVY, David. **The Price of Plurality** – Choice, Diversity and Broadcasting Institution in the Digital Age. Reuters Institute for the Study of Journalism: Oxford, 2008, p. Vii.

HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003. p. 153-173.

_____. **Direito e Democracia** – entre facticidade e validade. v. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el Liberalismo Político**. Barcelona: Paidós, 1998.

HAJE, Lara; LEAL, Sayonara; PAULINO, Fernando. Políticas de comunicação e sociedade civil: movimentos pela democratização das comunicações no Brasil em 2007/2008. In: **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT**, ano 3, n.º 05. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 121-140.

HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 59-84.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HITCHENS, Lesley. **Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of police and regulation**. Oxford: Hart Publishing, 2006.

IOSIFIDES, Petros. Pluralism and Media Concentration Policy in the European Union. In: **Journal of the European Institute for Communication and Culture**, 1994. Disponível em: <<http://www.javnost-thepublic.org/>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KANT, Immanuel. Transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes. In: **Textos Selecionados**. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 119-148.

LEVI, Lili. **In Search of Regulatory Equilibrium**. Hofstra Law Review, Vol. 36, 2007. University of Miami Legal Studies. Disponível em: <<http://law.hofstra.edu>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

LIMBERGER, Têmis. Transparência Administrativa e Novas Tecnologias: o Dever de Publicidade, o Direito a ser Informado e o Princípio Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n. 244. São Paulo: Atlas, 2007. p. 248-263.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão**. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio. El derecho de acceso a los medios de comunicación públicos de los grupos sociales e políticos significativos en el Estado Social y Democrático de Derecho. In: **Revista de Teoría y Realidad Constitucional**. Madrid, UNED, 2006. n. 18, p. 223-250.

MARTINS, Leonardo (orgs.) **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Uruguay: Fundação Konrad Adenauer, 2006. p. 475-483.

MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna. Políticas Públicas para as comunicações no Brasil: adequação tecnológica e liberdade de expressão. **Revista de Administração Pública da FGV**, n. 42, 2008, mar/abr 2008. p. 303-325.

MATTOS, Paulo Todescan L. **O Novo Estado Regulador no Brasil** – Eficiência e Legitimidade. São Paulo: Singular, 2006.

MAUÉS, Antonio Moreira. Constituição e Pluralismo Vinte Anos Depois. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2009. p. 169-186.

McALLISTER, Matthew. The Financial Interest and Syndication Rules. In: **The Museum of Broadcast Communications**. Disponível em: <<http://www.museum.tv/eotvsection.php?entrycode=financialint>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

MENDEL, Toby; SALOMON, Eve. **O ambiente regulatório para radiodifusão**: uma pesquisa de melhores práticas para os atores-chave brasileiros. UNESCO, série Debates CI, n. 7, 2011. Disponível em: <<http://www.unesco.org>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49-62.

MILL, John Stuart. **A liberdade; Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, André de Godoy. **Meios de Comunicação no Brasil: Promoção do Pluralismo, Direito Concorrencial e Regulação**. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Mimeografado, 2009.

MOREIRA, Vital. **O direito de resposta na comunicação social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública. **Revista de Direito da Concorrência** (Edição Especial – retrospectiva 2003) 2003. p. 56-87.

POLO, Michele. **Regulation for Pluralism in the Media Markets**. Milão: Universidade de

Bocconi e IGIER, 2005.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

RALLO LOMBARTE, Artemi. **La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes**. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. La garantía del pluralismo informativo em Francia: el Conseil Supérieur de L'Audiovisuel. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 20, N. 59, 2000. p. 93-138

RAWLS, John. **O direito dos povos e A idéia de razão pública revista**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **El Liberalismo Político**. Barcelona: Critica, 2006.

_____. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REIS, Jane. Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 153-215.

SALOMÃO FILHO, Calixto: **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SARAVIA, Enrique. O novo papel regulatório do Estado e suas conseqüências na mídia. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio de Matos e PIERANTI, Octavio Penna (org.). **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 59-69.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 263-308.

_____. Ubiquidade Constitucional. **Revista de Direito do Estado** 2:83, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

_____. A Liberdade de Expressão e o Problema do “*Hate Speech*”. In: **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010. p. 242.

SCHREIBER, Simone. Liberdade de expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 217-258.

SCHUMPETER, Joseph., **Socialism and Democracy**, 4 ed. New York: Harper & Brother, 1975.

SEN, Amartya. **The Idea of Justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

SILVA, José Affonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA NETO, Caio Mário Pereira; SILVA, José Affonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOLOMON, Eve. **Guidelines for Broadcasting Regulation**. 2. ed. Londres: Commonwealth Broadcasting Association, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 43-82.

_____. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa** – Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. A voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Ano I, n. 5. Brasília: ESMP, 2002.

SUNSTEIN, C. R. **Television and the Public Interest**. *California Law Review*. v. 88 p. 499-564, 2000.

_____. **After the Rights Revolution: reconceiving the regulatory state.** Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação, Limitações quanto ao seu Exercício e Possibilidade de Regulamentação. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**, 3. ed. São Paulo: Editoria JusPodivm, 2008. p. 245-260.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 467-520.

TUROLLA, Frederico Araujo; LIMA, Maria Fernanda Freire de; OHIRA, Thelma Harumi. As cotas na televisão por assinatura: uma leitura econômica. In: **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT**, ano 3, n. 05. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 33-50.

WARD, David. Media Concentration and Pluralism: Regulation, Realities and the Council of Europe's Standards in the Television Sector. in: **Relatório da Comissão Europeia pela Democracia através do Direito (Comissão de Veneza)**. Strasbourg: Conselho Europeu, 2005. Disponível em: <[http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-UDT\(2005\)004-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-UDT(2005)004-e.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2010.

WIMMER, Miriam. Os Projetos de Lei de Comunicação de Massa por Assinatura: controvérsias, interesses e expectativas. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 2, n. 1, p. 231-258. Brasília, 2010.