

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Mestrado em Direito

DIREITOS PRESTACIONAIS DE COMUNICAÇÃO

Renato Monteiro de Rezende

Brasília-DF
2010

R013090/11

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Mestrado em Direito

DIREITOS PRESTACIONAIS DE COMUNICAÇÃO

Renato Monteiro de Rezende

D
341.2732
R467d

Brasília - DF
2010

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Mestrado em Direito

DIREITOS PRESTACIONAIS DE COMUNICAÇÃO

Renato Monteiro de Rezende

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.
Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Brasília - DF
2010

IDP - BIBLIOTECA

IDP - BIBLIOTECA	
Tombo:	013090
Data de Aquisição:	03/03/11
Forma de Aquisição:	

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Mestrado em Direito

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

DIREITOS PRESTACIONAIS DE COMUNICAÇÃO

Renato Monteiro de Rezende

Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP

Aprovado em: _____

Banca:

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Brasília - DF
2010

“Freedom of the press is guaranteed only to those who own one”.
Abbott J. Liebling
(*The New Yorker*, 14 de maio de 1960, p. 105)

RESUMO

De acordo com a teoria estrutural de Alexy, os direitos fundamentais podem ser classificados em duas categorias: a dos direitos de defesa e a dos direitos a prestações. O presente estudo se dedica a analisar os direitos a prestações no âmbito da comunicação social. O processo de positivação, em nível constitucional, de direitos a ações estatais está associado ao advento do Estado Social, comprometido com assegurar que as liberdades formais se convertam em liberdades reais. No tocante à liberdade de expressão, em face das profundas mudanças na esfera pública provocadas pela consolidação dos meios de comunicação de massa como grandes empreendimentos capitalistas, organizados de forma oligopolística, os ordenamentos constitucionais de diversos países passaram a prever direitos a ações estatais garantidoras de oportunidades de expressão a quem, de outro modo, se veria excluído do debate público, tais como as várias formas de direito de acesso aos meios de comunicação. Ademais, com o reconhecimento de que os meios de comunicação exercem uma função de natureza acentuadamente pública, a análise das questões constitucionais envolvendo a sua atividade deixou de se ater exclusivamente à liberdade de expressão dos comunicadores, para incluir o direito do público a ser adequadamente informado. Ao lado dessa perspectiva, centrada na relação dos direitos prestacionais com as liberdades comunicativas, a jurisdição constitucional tem enfatizado também o seu papel na realização de valores da ordem constitucional objetiva, como a democracia e o pluralismo. Com base nessas premissas e considerando a experiências do Direito Comparado, o estudo identifica os fundamentos, no ordenamento constitucional brasileiro, para ações estatais dirigidas a garantir o exercício, por todos, das liberdades comunicativas. Ademais, analisa as espécies de direitos prestacionais de comunicação expressamente previstas pela Lei Maior de 1988.

Palavras-chaves: direitos a prestações – comunicação social – pluralismo – democracia

ABSTRACT

According to Robert Alexy's structural theory, constitutional rights can be classified as defensive rights or rights to positive state action. This dissertation analyzes the rights to positive state action in the realm of mass communication. The incorporation of rights to positive state action into contemporary constitutional texts is associated to the emerging of Welfare State and its commitment to the conversion of formal freedom in factual freedom. Reacting to profound transformation that the consolidation of media as a capitalist enterprise, organized in an oligopolistic fashion, brought about in the public sphere, constitutional orders around the world have created positive speech rights in favor of whom, otherwise, would be excluded from the public discussion, like the rights of access to press. Moreover, as a result of the acknowledgment of the public functions of the media, the analysis of constitutional issues involving its activity is no more circumscribed to the communicators' freedom of speech. It includes the individual right to be adequately informed. Apart from this perspective, focused on the role of positive rights as requirements to make effective the expressive liberties of individuals, constitutional courts emphasize the instrumental character these rights have in concretizing objective principles of the constitutional order, like democracy and pluralism. Based on these assumptions and considering the experiences of other countries' constitutional law, this dissertation identifies the grounds, in Brazilian Constitution, to state action aimed at securing the enjoyment of communicative liberties by everyone. Furthermore, it examines all sorts of rights to positive state action in the communicative field and provided by Brazilian constitutional order.

Keywords: rights to positive state action – mass communication – pluralism – democracy

ABREVIATURAS

- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- BOE – Boletín Oficial del Estado
- BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
- DJ – Diário da Justiça
- F.2d – Federal Reporter, 2nd Series
- F.3d – Federal Reporter, 3rd Series
- FCC – Federal Communications Commission Reports
- FCC – Federal Communications Commission
- FCCR – Federal Communications Commission Record
- GU – Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana
- JO – Journal Officiel
- KEK – Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich
- MI – Mandado de Injunção
- RE – Recurso Extraordinário
- STF – Supremo Tribunal Federal
- TCE – Tribunal Constitucional de España
- TCF – Tribunal Constitucional Federal
- U.S. – United States Reports

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
I. A CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
1. A teoria dos quatro status (Jellinek).....	15
2. As posições jurídicas fundamentais (Alexy).....	16
3. Posições jurídicas e status.....	18
4. A classificação dos direitos fundamentais segundo o critério funcional.....	19
4.1. A controvérsia entre dualistas e trialistas.....	20
4.2. Os direitos a prestações.....	24
4.3. Proposta de classificação dos direitos fundamentais.....	29
II. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE COMUNICAÇÃO.....	32
1. O processo histórico de positivação dos direitos de comunicação.....	32
1.1. Os direitos negativos de comunicação.....	32
1.2. Os direitos positivos de comunicação.....	36
2. Classificação dos direitos de comunicação.....	51
2.1. As terminologias adotadas na doutrina.....	51
2.2. Proposta de classificação.....	57
III. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOS DIREITOS PRESTACIONAIS DE COMUNICAÇÃO.....	67
1. Meios de comunicação como estruturas de poder.....	67
2. Meios de comunicação e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	69
3. Direitos prestacionais de comunicação e democracia.....	74
3.1. Direitos de comunicação como requisitos de um regime democrático.....	74
3.2. O princípio da igualdade política aplicado à comunicação.....	75
3.3. Democracia, mercado e discurso político.....	77
3.3.1. A concepção majoritarista da democracia.....	80
3.3.2. A concepção co-participativa da democracia.....	86
3.3.3. O <i>New Deal</i> da liberdade de expressão.....	89
IV. A REGULAÇÃO DA MÍDIA NOS EUA.....	95
1. A busca da diversidade pela regulação de conteúdo.....	95
1.1 Surgimento e desenvolvimento dos direitos de acesso.....	96
1.2. A revogação da <i>Fairness Doctrine</i> e o cenário atual.....	101
1.2.1. O caso <i>CBS v. DNC</i>	101
1.2.2. O caso <i>Miami Herald v. Tornillo</i>	103
1.2.3. O caso <i>Pacific Gas & Electric v. Public Utilities Commission of California</i>	107
1.2.4. A desregulamentação promovida pela <i>FCC</i>	109
1.2.5. O caso <i>Turner Broadcasting System Inc. v. FCC</i>	117
2. As normas anticoncentração da mídia.....	125
2.1. As concentrações horizontal e intersetorial.....	127
2.2. A concentração vertical.....	130
2.3. Consequências da desregulamentação da mídia.....	132

V. DIREITOS PRESTACIONAIS DE COMUNICAÇÃO NO BRASIL	135
1. A Comunicação Social na história brasileira.....	135
2. A Comunicação Social na Constituição de 1988.....	146
2.1. Direitos a normas protetivas e à proteção material.....	151
2.2. Direitos a prestações <i>stricto sensu</i>	152
2.2.1. O direito de acesso à informação.....	152
2.2.2. O direito ao uso de frequência para as atividades de radiodifusão.....	160
2.2.3. O direito de acesso aos meios de comunicação.....	167
a) O direito de resposta.....	174
b) O direito de antena dos partidos políticos.....	184
2.2.4. Subsídios estatais à comunicação.....	191
2.3. Direitos à organização e ao procedimento.....	199
CONCLUSÃO.....	233
REFERÊNCIAS	240

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão e o plexo de direitos a ela correlatos são tradicionalmente classificados como típicos direitos de defesa, que envolvem uma abstenção do Estado, constitucionalizados por ocasião das revoluções liberais de fins do século XVIII. Em uma sociedade anterior ao desenvolvimento da comunicação de massa, era compreensível que o Estado fosse visto como o principal adversário da livre manifestação de pensamento, sobretudo em face das constringências perpetradas pelos estados absolutistas.

Na atualidade, as restrições à capacidade discursiva dos indivíduos pelo Estado continuam a ser um risco, conquanto tendam a se tornar cada vez mais remotas em Estados democráticos, dotados de uma jurisdição constitucional robusta, apta a coibir os ataques à liberdade de expressão desferidos pela maioria legislativa circunstancial ou pelo Poder Executivo.

Por outro lado, como reconhecido pela teoria constitucional da segunda metade do séc. XX, o desrespeito aos direitos fundamentais pode-se dar não apenas pela ação constritiva do Estado. Em muitos casos, é o particular quem avança de forma ilegítima sobre a esfera de liberdade constitucionalmente garantida de outra pessoa, sendo tarefa do legislador criar mecanismos dirigidos à proteção desses mesmos direitos. A intervenção estatal é tanto mais exigida quanto mais verticalizada for a relação entre os particulares.

Se o exercício efetivo das liberdades não depende apenas de instrumentos de contenção das investidas estatais contra elas, mas também da existência de direitos a ações positivas do Estado, é legítimo aludir a uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais. É nesse sentido que boa parte da doutrina se refere às dimensões defensiva e prestacional de um mesmo direito. Sob uma perspectiva estrutural, em lugar da referência a distintas dimensões de um mesmo direito, seria mais adequado dizer que, para cada âmbito de liberdade, existe um feixe de direitos subjetivos ou posições jurídicas de naturezas variadas.

O presente estudo se dedica ao exame dos direitos fundamentais de natureza prestacional no setor da comunicação social. Tais direitos guardam relação com o conjunto de liberdades comunicativas asseguradas constitucionalmente, de que são exemplo, no Brasil, as liberdades de manifestação de pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, de acesso à informação e às fontes de cultura nacional e de informação jornalística (art. 5º, IV, IX, XIV, art. 215 e art. 220, § 1º, da Constituição de 1988).

Sob a denominação “direitos de comunicação”, pretende-se englobar os dois lados do processo comunicativo: o de quem se expressa e, com isso, produz uma mensagem, e o de quem recebe a mensagem. E porque o enfoque do estudo reside nos direitos a prestações, ele se concentrará nas variadas formas de atuação do Estado que tenham por finalidade assegurar o exercício efetivo das liberdades comunicativas, sobretudo em face dos riscos que a ação dos poderes privados pode trazer tanto às liberdades do emissor quanto às do receptor de mensagens. Uma posição ativa do Estado nesse campo não exclui, ao lado de medidas de fomento, destinadas a enriquecer o debate público, medidas regulatórias com esse mesmo escopo, em cumprimento ao princípio constitucional do pluralismo.

Cumprido, pois, investigar em que medida os ordenamentos constitucionais (e o brasileiro, em especial) preveem direitos a prestações no setor da comunicação social, questão que não tem merecido muita atenção da doutrina pátria. A literatura jurídica sobre os direitos de comunicação no Brasil costuma dedicar bastante espaço ao fenômeno da colisão da liberdade de expressão com outros direitos fundamentais, como a proteção à honra, à intimidade e à vida privada. São copiosos os estudos sobre o tema. De seu turno, é relativamente escasso o debate sobre os direitos prestacionais de comunicação, merecendo destaque, nesse campo, as obras de Ferreira (1997), Carvalho (1999) e, mais recentemente, Faraco (2009). Na jurisprudência, igualmente, a discussão tende a se concentrar nas restrições impostas à liberdade de expressão pela afirmação de outros direitos ou bens jurídico-constitucionais de igual estatura.

Em muitos casos, contudo, é o próprio exercício da liberdade de expressão de alguns que limita a de outros, numa hipótese típica de colisão de direitos idênticos, a exigir a intervenção do Estado como moderador, sob pena de sua omissão consolidar um quadro no qual, de um lado, a liberdade de expressão existe apenas para alguns, e, de outro, o direito à informação se vê restringido, em prejuízo ao receptor, que deixa de ter acesso a informações de seu interesse.

Em outros países, o tema já é objeto de discussão há algumas décadas, máxime tendo em vista os danos que a concentração de poder nos meios de comunicação de massa é capaz de provocar na esfera pública. Nesse sentido, poderiam ser citados os trabalhos de Barrón (1967), Sunstein (1993), Fiss (1996) e Baker (2007). Também a jurisdição constitucional estrangeira tem se dedicado ao tema, como demonstram copiosas decisões da Suprema Corte norte-americana, do Tribunal Constitucional Federal alemão e da Corte Constitucional italiana.

O reconhecimento de direitos prestacionais de comunicação passa a ser uma necessidade

a partir das profundas transformações promovidas na esfera pública pela consolidação dos meios de comunicação de massa como grandes estruturas empresariais. Esse cenário é descrito por Habermas (2003) como de mercantilização de bens culturais e de assimilação passiva e acrítica de informações que inibe o uso público da razão, pois não há espaço para uma relação dialógica entre emissor e receptor, reduzindo as oportunidades de reflexão e debate. Em tais circunstâncias, o caráter manipulativo dos órgãos de imprensa aflora e se verifica uma dissociação entre norma legal e discussão pública, em contrariedade à idéia kantiana de que as decisões gerais a respeito dos direitos das pessoas, para serem legítimas, devem submeter-se a um processo aberto de deliberação coletiva, no qual, pelo uso público da razão, os cidadãos sejam convencidos da justiça das decisões tomadas.

São inegáveis as ligações entre o princípio democrático e os direitos de comunicação de natureza prestacional, em um mundo no qual o processo comunicativo é cada vez mais dependente da mediação de grandes empresas de comunicação. O princípio kantiano da publicidade constitui exigência da democracia, na dimensão em que atribui a cada pessoa, de forma equitativa, o direito de apresentar às demais as suas opiniões. Segundo Habermas, a igualdade de chances pressupõe não apenas o direito de acesso à esfera pública, mas também a possibilidade de as opiniões de cada um se transformarem em opinião pública, como resultado do debate efetivo e pelo convencimento racional. Nessa linha, pode-se dizer que, no Estado Social, a liberdade de expressão, protegida por direitos fundamentais de primeira geração, reclama, para ser efetiva, o reconhecimento de direitos de participação no processo comunicativo em condições de igualdade. A afirmação desses direitos perante o poder social dos meios de comunicação não prescinde de ações estatais. É por isso que o princípio da formação democrática da opinião e da vontade deve se impor, segundo o filósofo, também perante instituições que, apesar de privadas, exercem funções públicas, como os meios de comunicação de massa.

Essa dimensão de garantia de igualdade de chances comunicativas é acentuada pela doutrina alemã, ao propugnar que os direitos de comunicação constituem não apenas liberdades em face do Estado (*Freiheiten vom Staat*), mas também liberdades por meio do Estado (*Freiheiten durch den Staat*). Especificamente em relação ao rádio e à televisão, que se tornaram os meios de maior penetração e influência social, e sobre os quais as tendências de concentração econômica são mais fortes, a jurisdição constitucional de diversos países tem enfatizado a ideia de que as liberdades de informação do indivíduo e de formação das opiniões individual e coletiva

IDP - BIBLIOTECA

implicam um dever de que a programação das emissoras de radiodifusão contemple, na maior amplitude possível, a diversidade das correntes de opinião representativas dos segmentos sociais. Mesmo em países onde o texto constitucional é interpretado quase que exclusivamente como um conjunto de limitações ao poder do Estado, as preocupações com os riscos, para a democracia, da ausência de diversidade na mídia levaram à concepção de mecanismos regulatórios com o fim de impedir a concentração econômica no setor e de estabelecer, na radiodifusão, deveres aos operadores de respeitar padrões mínimos de pluralismo, sob o pressuposto de que, no juízo de ponderação realizado para solucionar conflitos entre os direitos do público e das emissoras, os primeiros teriam prioridade. Essa foi a conclusão da Suprema Corte dos EUA no caso *Red Lion*.

A ausência de uma discussão jurídica mais aprofundada sobre o assunto no Brasil é particularmente preocupante, tendo em vista os níveis de concentração econômica da mídia no país, fenômeno expressamente condenado pela Constituição de 1988 (art. 220, § 5º), bem como a sua instrumentalização política e ideológica, a qual contribui para a limitação dos espaços de discussão pública de ideias, em prejuízo de grupos minoritários ou mesmo de parcelas expressivas da população que, por não disporem de acesso a esses canais de expressão, se veem excluídos do debate, em visível desconformidade com o princípio constitucional do pluralismo. Em muitos casos, sequer se pode falar em debate, o qual pressupõe a exposição de posições não-coincidentes.

No tratamento dessa matéria, o presente estudo se divide em cinco capítulos. O primeiro dedicar-se-á ao exame das principais construções teóricas em torno da classificação dos direitos fundamentais segundo o critério funcional, atentando para as especificidades dos direitos prestacionais e seus diferentes tipos. A partir do esquema conceitual de Robert Alexy, será proposta uma classificação dos direitos a prestações, fundada nos efeitos do cumprimento do dever estatal sobre as liberdades que tais direitos visam a tornar efetivas, ou sobre os bens jurídicos que eles objetivam preservar.

O segundo capítulo abordará os direitos de comunicação, sob os aspectos histórico e estrutural. Para tanto, analisará o processo que levou ao seu reconhecimento e à ampliação de seu rol, para abranger direitos a condutas positivas no Estado. Ademais, identificará as diferentes espécies de direitos fundamentais no âmbito da comunicação social, com base na classificação proposta no capítulo anterior e ênfase nos direitos de cunho prestacional.

O terceiro capítulo apresentará as principais justificações teóricas para a existência de

direitos prestacionais de comunicação, assentadas nos pressupostos de que: (i) as liberdades constitucionais podem ser obstaculizadas pela ação de outros poderes além do estatal; (ii) nas sociedades atuais, grande parcela do poder social é detida pelas empresas de comunicação de massa, em proporções que lhe permitem exercer forte influência sobre a conformação de subsistemas sociais como o político, o econômico e o jurídico; (iii) o reconhecimento de limites e restrições à liberdade dos detentores do poder midiático constitui condição para o exercício das liberdades comunicativas por outros atores sociais; (iv) o acesso aos meios de comunicação de massa por uma pluralidade de vozes é requisito para o funcionamento do regime democrático, segundo um modelo de democracia co-participativa, no qual o papel dos cidadãos não se resume ao de juízes de disputas eleitorais, mas inclui a participação ativa no agendamento das questões submetidas ao escrutínio público, bem como na formulação das propostas de solução dos problemas coletivos; (v) a regulação das liberdades comunicativas, como a de qualquer outra, é inerente aos ordenamentos constitucionais, sendo descabido interditar toda e qualquer intervenção estatal no regime legal de exercício tais liberdades, como se ele gozasse de uma imutabilidade que não detém; (vi) a conformação legal do regime de liberdades comunicativas deve, em sociedades democráticas e pluralistas, ter por objetivo propiciar que a generalidade dos indivíduos disponha, na maior extensão possível, de oportunidades de autoexpressão na esfera pública, bem como de acesso à variedade de visões nela expressas.

O quarto capítulo oferecerá um panorama do tratamento dispensado ao tema nos EUA, apresentando as principais estratégias regulatórias adotadas pelo Estado, bem como os posicionamentos adotados pela Suprema Corte, na interpretação da Primeira Emenda, com respeito à viabilidade constitucional de intervenções estatais na liberdade de expressão com o objetivo de assegurar o acesso de uma pluralidade de vozes e de uma diversidade de visões à esfera pública. Analisará as duas formas básicas de ação estatal cogente sobre a mídia: a regulação de conteúdo e a regulação estrutural. O conhecimento da experiência norte-americana relativamente à matéria é útil na avaliação das políticas regulatórias adotadas no Brasil, tendo em vista que, na radiodifusão, o legislador brasileiro optou por um modelo de prestação de serviços semelhante ao dos EUA, no qual, diversamente do que ocorreu na Europa, a operação de emissoras foi entregue, desde o início, à iniciativa privada. Entretanto, a implantação de tal modelo nos EUA veio acompanhada de medidas estatais para combater a concentração dos meios de comunicação e assegurar o pluralismo, o que foi ignorado no Brasil, permitindo a organização

da mídia eletrônica nacional, desde o seu nascimento, em bases monopolistas e oligopolistas. O capítulo exporá, ainda, o processo de desregulamentação do setor de mídia, iniciado nos EUA na década de 1980, e seus principais reflexos: a concentração do mercado de comunicações e a diminuição do pluralismo.

O quinto e último capítulo abordará os direitos prestacionais de comunicação no Brasil. Para tanto, apresentará um histórico da comunicação social no país, essencial para se entender o grau de concentração atual da mídia brasileira e as suas relações com o poder político. Em seguida, examinará a vigente disciplina constitucional do setor. A despeito de a Constituição de 1988 haver previsto expressamente diversos direitos prestacionais de comunicação (tais como o direito à informação, o direito de resposta e o direito de antena) e estabelecido uma série de parâmetros a serem observados na organização da comunicação social, com o objetivo de assegurar diversidade na esfera pública, a análise da legislação infraconstitucional revelará que tais preceitos da Lei Maior se incluem entre aqueles mais carentes de efetividade, seja pelo fenômeno da omissão legislativa, total ou parcial, seja pela inação das autoridades executivas em fazer cumprir as poucas prescrições existentes. Para cada preceito constitucional analisado, serão apresentados o tratamento conferido pela legislação brasileira ao tema, as soluções adotadas no Direito Comparado e os possíveis caminhos para converter as folhas de papel lassaleanas que constituem hoje o capítulo da comunicação social na Carta Magna brasileira em um conjunto de disposições com verdadeira força normativa.

O exercício efetivo de direitos prestacionais no âmbito da comunicação social não constitui apenas um problema de concretização de determinadas liberdades fundamentais. Ainda que se limitasse a isso, já se revestiria de grande importância. Avança, porém, além dessa dimensão, para envolver a própria compreensão do Estado brasileiro como uma república democrática e pluralista, como se procurará demonstrar ao longo deste estudo.

CAPÍTULO I

A CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. A teoria dos quatro status (Jellinek)

Os esquemas que classificam as normas de direitos fundamentais segundo a sua função são tributários da teoria dos *status* de Georg Jellinek. O jurista alemão concebeu, no início do século XX, em sua obra *Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos*, uma classificação engenhosa dos possíveis relacionamentos entre o Estado e os indivíduos a ele vinculados, cujas linhas básicas sobrevivem, com adaptações, nas tentativas recentes de compreensão das funções que os direitos fundamentais podem assumir.

Jellinek empregou o termo *status* como significativo de uma situação abstrata em face do Estado qualificadora do indivíduo (ALEXY, 2008, p. 255), situação essa identificável a partir de um conjunto de posições jurídicas moldadas segundo as categorias deônticas do dever, da proibição e da permissão. Seriam quatro os tipos de *status*: o passivo (*status subjectionis*), o negativo (*status libertatis*), o positivo (*status civitatis*) e o ativo (*status activae civitatis*).

O *status* passivo se caracterizaria, segundo Jellinek, por relações de sujeição do indivíduo ao Estado, é dizer, deveres ou proibições que lhe seriam impostos pelo Poder Público. O conteúdo específico dos deveres e proibições poderia variar no tempo. O *status*, contudo, como categoria abstrata, subsistiria enquanto alguma relação de sujeição existisse.

De seu turno, o *status* negativo constituiria um conjunto de situações caracterizadas como de irrelevância jurídica, nas quais o indivíduo disporia de liberdade de ação em face do Estado.¹ Assim, tal *status* se traduziria numa “esfera individual de liberdade”, entendida como o universo de condutas cuja prática não seria nem vedada nem obrigatória (ALEXY, 2008, p. 258). Os *status* passivo e negativo são mutuamente excludentes, no sentido de que a ampliação do conteúdo de um leva necessariamente à redução do conteúdo do outro.

De seu turno, o *status* positivo seria um conjunto de situações caracterizadas pela existência de pretensões juridicamente garantidas do indivíduo a ações estatais. Nesse sentido, Jellinek identificou o *status* positivo como o contrário do negativo. Se este pressupõe um dever de abstenção do Estado, aquele pressupõe uma proibição da abstenção estatal. Daí por que se

¹ Em termos deônticos, essa situação poderia ser expressa pelo conjunto de todas as faculdades jurídicas, reportáveis a condutas que não fossem, concomitantemente, nem objeto de dever nem de proibição.

falar em uma relação de contrariedade entre esses *status*, tal como o dever é contrário à proibição. A situação típica qualificadora do *status* positivo é aquela na qual o indivíduo tem direito a uma ação estatal, bem como a capacidade jurídica de exigí-lo.

Finalmente, o *status* ativo seria constituído por um plexo de competências do indivíduo, de poderes de participação no processo de formação da vontade estatal. Como observa Alexy (2008, p. 268), tal delimitação de conteúdo, perceptível na remissão à vontade estatal, confere um caráter substancial a esse *status*, em contraposição à descrição puramente formal dos demais. Isso dá ensejo a discussões sobre a abrangência do *status* positivo. Poder-se-ia questionar, por exemplo, se apenas as competências relacionadas à capacidade eleitoral integrariam o *status* ativo, ou o manejo de ações judiciais também o seriam, uma vez que a provocação de Poder Judiciário também propicia a manifestação da vontade estatal.

Como dito, os *status* passivo e negativo se excluem mutuamente. Mais que excludentes, são exaustivos, no sentido de incorporarem todas as categorias deônticas antes indicadas. Já o *status* ativo, ao referir-se a competências, pode aludir tanto a situações integrantes do *status* negativo quanto do *status* passivo. A título de exemplo, Alexy (2008, p. 269) cita o tratamento jurídico conferido ao voto, que pode constituir tanto uma faculdade (pertencendo ao *status* negativo), quanto um dever (pertencendo ao *status* passivo), a depender do que disponha o ordenamento jurídico de um Estado.

2. As posições jurídicas fundamentais (Alexy)

Em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy procedeu a uma análise crítica da teoria dos quatro *status* de Jellinek. Sem deixar de reconhecer a lógica desse esquema classificatório, Alexy aponta suas principais deficiências e oferece como alternativa para resolvê-las a sua proposta fundada na divisão das posições jurídicas fundamentais, consideradas direitos *lato sensu*, em direitos a algo, liberdades e competências. A partir desses conceitos, Alexy formula uma classificação dicotômica dos direitos fundamentais, dividindo-os em direitos de defesa e direitos a prestações.

Segundo o autor, os direitos a algo constituem relações triádicas envolvendo um titular, um destinatário e um objeto (ALEXY, 2008, p. 194). Podem ser representados pelo seguinte esquema básico: *x* tem, em face de *y*, um direito *z*. Tais relações se caracterizam por um dever do destinatário perante o titular do direito, dever esse que pode assumir feição negativa (exigência de

uma abstenção) ou positiva (exigência de uma ação).

Os direitos a ações negativas dividem-se em direitos (i) ao não-embaraço de ações, (ii) à não-afetação de características ou situações e (iii) à não-eliminação de posições jurídicas. O primeiro grupo é constituído por direitos do indivíduo de não ser turbado ou impedido, por qualquer meio, de praticar determinadas ações. Exemplo dessa categoria é o direito à livre manifestação de pensamento.

Se os direitos ao não-embaraço de ações protegem o indivíduo contra tentativas de impedir ou dificultar-lhe a adoção de determinadas condutas, os direitos à não-afetação de características ou situações, protegem-no contra interferências em estados seus ou propriedades que apresente. Como exemplo, Alexy cita o direito à inviolabilidade de domicílio.

Por fim, os direitos à não-eliminação de posições jurídicas são direitos a não-derrogação de normas jurídicas, individuais ou abstratas, que asseguram posições jurídicas do indivíduo. Podem referir-se tanto a posições concretas (a condição de proprietário de um dado bem) quanto a abstratas (as normas definidoras do direito de propriedade).

O próprio Alexy reconhece a fluidez das distinções por ele formuladas. Assim é que, ao aludir a uma norma que vede a manifestação de determinadas ideias, acentua que ela tem o condão de eliminar uma posição jurídica do indivíduo, além de constituir embaraço a um tipo de ação.

Os direitos a algo não devem ser confundidos com as liberdades. Conforme adverte Alexy (2008, p. 222), em um sentido estrito, as liberdades consistem em faculdades, ou seja, na dupla permissão para adotar ou não determinado curso de ação. Como tal, não têm por pressuposto lógico o dever de um terceiro não obstar o titular da liberdade de exercitá-la. Esse dever somente existe quando o indivíduo também é titular de um direito a algo, exatamente um direito a ações negativas. A associação da liberdade com o respectivo direito a ações negativas resulta naquilo que Alexy denomina “liberdade protegida”. Exemplificativamente, a liberdade de expressão caracteriza-se pela permissão conferida pelo Estado ao indivíduo para manifestar-se desta ou daquela forma, ou mesmo para não se manifestar, conforme a sua conveniência. Em si, nada diz quanto à conduta estatal ou de terceiros em relação ao exercício dessa faculdade. Por seu turno, o direito à livre manifestação de pensamento tem como contraparte um dever estatal de abster-se de embaraçar o exercício da liberdade de expressão. Em resumo, as liberdades, na classificação de

Alexy, consistem em simples negações de dever-ser.

A terceira categoria é a das competências, definidas como poderes ou capacidades de que são investidos os indivíduos para criar normas individuais ou gerais ou alterar posições jurídicas (ALEXY, 2008, p. 236). Diferem de meras permissões porque estas têm como objeto condutas que se verificam no plano fático independentemente da existência da norma permissiva, e não necessariamente alteram situações jurídicas. Também a aptidão para alterar situações jurídicas não é bastante para qualificar uma ação como exercício de uma competência, porquanto a prática de ilícito também implica a alteração de situações jurídicas. As ações que consistem no exercício de uma competência somente existem porque previstas em normas que lhes conferem efeitos jurídicos. Nisso se diferenciam de outras ações verificáveis no plano fático e que podem até receber qualificação jurídica, muito embora prescindam de previsão normativa para existirem. A celebração de um contrato de locação, por exemplo, constitui o exercício de uma competência, pois só se pode falar em contrato pressupondo-se a existência de normas de Direito Contratual. Já a conduta de matar alguém é naturalística e se verifica independentemente de o ordenamento jurídico qualificá-la como homicídio e atribuir-lhe determinados efeitos.

A competência, como uma posição jurídica, não deve ser confundida com o direito à existência de normas que a prevejam, que se enquadra na primeira categoria descrita – a dos direitos a algo –, mais especificamente a dos direitos à não-eliminação de posições jurídicas ou a prestações normativas (ALEXY, 2008, p. 479).²

3. Posições jurídicas e status

Dos quatro *status* de Jellinek, o passivo, por não se referir a posições jurídicas qualificáveis como direitos *lato sensu*, não encontra correspondência na classificação de Alexy.

Quanto ao *status* negativo, parece evidente, pela configuração que lhe dá Jellinek, que ele envolve as posições definíveis como liberdades.

Por sua vez, o *status* positivo engloba tanto direitos a ações positivas quanto competências conferidas ao indivíduo para o seu cumprimento.

² Há, pois, um direito a prestações consistentes em normas que prevejam a competência, bem como um direito à não-eliminação de posições jurídicas, sejam elas abstratas (direito à não-derrogação das normas que prevêm a competência), sejam concretas (direito a que não seja desconstituída a situação jurídica nascida da aplicação das normas que prevêm a competência).

Por fim, o *status* ativo constitui-se de competências. Como já mencionado, os direitos a que o Estado preveja competências não devem ser confundidos com as competências em si. Por constituírem direitos a previsões normativas, integram o *status* positivo, como direitos a ações estatais. Jellinek tem uma visão bastante restritiva quanto às competências que se enquadram no *status* ativo, considerando como tal apenas aquelas diretamente relacionadas à formação da vontade estatal, como as titularizadas pelo eleitor e pelos ocupantes de cargos na estrutura dos poderes públicos.

A principal deficiência da classificação jellinekiana, conforme identificado por Alexy, refere-se aos direitos a ações negativas. Como visto, Jellinek define o *status* negativo a partir da noção de um espaço de liberdade do indivíduo, constituído por todas as condutas que não lhe são proibidas ou impostas pelo Estado. Já o *status* positivo é constituído, na visão de Jellinek, por pretensões do indivíduo, asseguradas juridicamente, a ações estatais em seu benefício. O modelo não contempla, portanto, os direitos a abstenções estatais (ações negativas), de que trata Alexy. A teoria dos *status* omite, pois, uma categoria de direitos sem a qual as liberdades carecem de efetividade. A solução proposta por Alexy (2008, p. 266) para o problema consiste em uma das seguintes alternativas, com opção do autor pela primeira delas: (i) ampliação do conceito de *status* negativo, para nele incluir também os direitos a ações negativas; ou (ii) modificação do âmbito do *status* positivo, para que não se resuma a prestações positivas, englobando também os deveres de abstenção.

4. A classificação dos direitos fundamentais segundo o critério funcional

A qualificação das liberdades e competências como direitos não é isenta de questionamento. Alexy é bastante incisivo ao diferenciar as liberdades dos direitos a ações negativas. Não obstante também considere as liberdades como relações triádicas (x é livre de y , para fazer z e para não fazer z), distingue tais posições daquelas consistentes nos direitos do indivíduo de não ter invadida sua esfera de liberdade. Tanto é assim, que se vale do conceito de liberdade protegida para expressar o agregado de liberdade e direito ao não-embaraço de ações (ALEXY, 2008, p. 234). Sob a perspectiva kelseniana de que não existem direitos subjetivos sem correspondentes deveres jurídicos³, uma liberdade não-protégida não poderia ser considerada um direito. A liberdade não-protégida pode muito bem ser compreendida como categoria deontica

³ Nesse sentido, cf. Kelsen (1995, p. 18; 2000b, p. 108). Na mesma linha, Canotilho (2003, p. 1254).

que envolve uma dupla permissão, mas isso não faz dela um direito. O direito subjetivo a ela correspondente deve ser enquadrado entre os direitos a ações negativas. Bem por isso Canotilho (2003, p. 1260) opta por um conceito de liberdade que a identifica com o direito a ações negativas (e não com uma dupla permissão), diferenciando-a de outros direitos pelo elemento, ínsito a ela, da alternativa de comportamento.⁴

Algo parecido pode ser dito a respeito das competências. Na formulação de Alexy, a posição jurídica relativa a uma competência pode ser traduzida no seguinte enunciado: *x* tem, em face de *y*, a competência para criar uma posição jurídica *z* de *y*. Sem um dever correlato, não se pode falar de uma competência como direito subjetivo. Não por outra razão o próprio Alexy assevera que “o exercício de competências leva à imposição de obrigações, não-direitos e não-competências” (ALEXY, 2008, p. 247).

O direito associado a uma competência é também um direito a algo, no quadro de uma relação de sujeição. Segundo Kelsen, a competência, em si mesma, não constitui um dever nem um direito, mas a simples aptidão de determinada conduta para servir como condição jurídica ou produzir consequências jurídicas. Associados ao exercício de uma competência existem direitos a algo e correlatos deveres. Bem ilustrativo dessa realidade é o exemplo dado por Kelsen (2000b, p. 126), no que concerne aos direitos e deveres relacionados ao exercício da competência eleitoral ativa: “Qual é o dever que corresponde ao direito de voto? É o dever dos órgãos públicos encarregados da eleição de aceitar o voto do votante e de tratá-lo de acordo com os preceitos da lei, e, em particular, o de proclamar como indivíduo eleito aquele que recebeu o número de votos prescrito”.

Como se vê, tanto as liberdades quanto as competências pressupõem um direito a algo e um dever a ele correlato. Muito embora as normas constitucionais possam referir-se a liberdades e a competências dos indivíduos, sempre que isso acontecer se associará a elas um direito a algo, este sim – na perspectiva deste trabalho – o verdadeiro direito fundamental expresso na norma.

4.1. A controvérsia entre dualistas e trialistas

Assumindo-se a correção da tese segundo a qual falar de direitos implica necessariamente

⁴ Assim, se adotarmos um conceito de liberdade que a identifique com o direito a ações estatais negativas, ela consistirá no direito a que o Estado se abstenha tanto de obrigar o indivíduo a fazer *x* quanto de impedi-lo de fazer *x*.

falar de direitos a algo (e não diretamente em liberdades e competências), pode-se adotar a seguinte classificação dos direitos fundamentais, a partir daquela formulada por Alexy para os direitos a algo:

- Direitos a ações negativas (direitos de defesa):
 - Direitos ao não-impedimento de ações
 - Direitos à não-afetação de características ou situações
 - Direitos à não-eliminação de posições jurídicas
- Direitos a ações positivas (direitos a prestações):
 - Direitos a prestações normativas
 - Direitos a prestações materiais

A classificação dualista é perfilhada por importante parcela da doutrina.⁵ Segundo essa corrente, os direitos a ações negativas são identificados com o *status libertatis* (no sentido amplo a que alude Alexy) e os direitos a ações positivas com o *status civitatis*.

O cotejo de tal classificação com a teoria dos *status* suscita a questão do enquadramento dos direitos relacionados ao *status activus*. No âmbito da teoria de Jellinek, poder-se-ia falar de uma classificação tripartida dos direitos fundamentais. Essa é a proposta de Vieira de Andrade (1983, p. 192).⁶ Para justificar o esquema classificatório, o autor sustenta que os direitos de participação, integrantes do *status* ativo, possuiriam características mistas de direitos a ações positivas e direitos a ações negativas e finalidades distintas das outras classes de direitos. A isso os defensores da teoria dualista respondem, sem negar o caráter misto dos direitos de participação, ser possível identificar qual é a sua função preponderante, o que dispensaria a sua inserção em um terceiro grupo. Nesse sentido, Sarlet (2007, p. 192) assinala que os direitos de participação são, como regra, direitos de defesa.

A controvérsia em torno dos direitos de participação comporta solução em outras bases, caso se abandone a noção de que um mesmo direito fundamental possui variadas funções. O critério utilizado na classificação dualista tem sido considerado tradicionalmente como de natureza funcional. De fato, pode-se falar que as normas jusfundamentais têm por função estatuir

⁵ Cf. Queiroz (2002, p. 70), Sarlet (2007, p. 197).

⁶ Na mesma direção: Miranda (1993, p. 85), Farias (2008, p. 104), Dimoulis e Martins (2007, p. 68).

deveres de abstenção ou de ação por parte do Estado. Sem embargo, também se pode dizer que tal diferença seja de objeto. A adoção do critério funcional apresenta a desvantagem decorrente dos usos variados que se pode fazer do termo “função”. Com base na função exercida, o Tribunal Constitucional Federal alemão já teve oportunidade de identificar as mais diferentes categorias de direitos fundamentais, que não podem ser distinguidas com a utilização de um único critério. A relação elaborada por Bleckmann (*apud* SARLET, 2007, p. 182), ilustra bem isso, ao referir-se aos direitos fundamentais como: direitos de defesa, direitos de participação ou quota-parte, garantias institucionais, garantias procedimentais, ordem de valores, normas objetivas, normas impositivas e autorizações para ação, normas de conduta social, fundamento de deveres de proteção do Estado, direitos fundamentais negativos (deveres fundamentais), entre outros.

A despeito do uso consagrado do critério funcional, mesmo os autores que o adotam, aludem, por vezes, em suas explanações, valendo-se das mesmas categorias (direitos de defesa e a prestações), a uma distinção quanto à estrutura da norma jusfundamental (SARLET, 2007, p. 186) ou ao seu objeto (SARLET, 2007, p. 234, 238). A divisão em direitos a ações negativas e positivas se guia, evidentemente, por tal critério, porquanto há uma visível diferença entre os objetos das correspondentes normas jusfundamentais. Os direitos qualificados por alguns autores como de participação são sempre direitos a ações negativas ou a ações positivas. *Tertius non datur*. Nisso a corrente dualista parece ter razão. Ação e abstenção são categorias exaustivas. Eleger a participação do titular do direito na formação da vontade estatal como critério classificatório significa deslocar o foco de análise da conduta do titular da obrigação para a do titular do direito e misturar critérios totalmente distintos. Independentemente de qual seja o comportamento do beneficiário do direito, o universo de condutas estatais possíveis continuará dividido em ações e abstenções.

Além de exaustivas, as categorias de ação e abstenção são excludentes. Sob uma perspectiva analítica, afigura-se impróprio dizer que um mesmo direito tenha dimensão predominantemente negativa ou positiva, como se pudesse comportar mais de uma dimensão. O que a doutrina costuma chamar de dimensão prestacional de um direito de defesa é, na verdade, outro direito. O mesmo vale relativamente à assim chamada dimensão defensiva dos direitos a prestações. Se as normas consistem no significado de enunciados normativos, estes, quando

compostos ou plurissignificativos, podem expressar diferentes normas.⁷ Somente faz sentido falar-se em dimensões de um direito fundamental quando a expressão “direito fundamental” é utilizada para designar o objeto consistente em um feixe de diversos tipos de posições de direitos fundamentais, aquilo que Alexy (2008, p. 249) denomina “direito fundamental completo”. A tal feixe de distintos tipos de posições corresponde um feixe de diferentes normas jusfundamentais. Ocorre que os direitos nada mais são do que as próprias posições jurídicas (ALEXY, 2008, p. 185). Assim, cada espécie de posição jurídica fundamental constitui um tipo diferente de direito.

Se um mesmo dispositivo constitucional pode conter diversas normas de direitos fundamentais e se cada espécie de norma expressa uma espécie diferente de direito (à ação ou à abstenção), não há que se falar em várias dimensões de um mesmo direito fundamental, mas em vários direitos fundamentais garantidos por normas expressas por um mesmo dispositivo constitucional. E, por não existirem direitos mistos, tampouco há necessidade de se descobrir a função predominante de um dado direito – o que constitui um exercício de apreciação subjetiva – para enquadrá-lo como direito de defesa ou a prestações. Assim, quando o *caput* do art. 5º da Constituição brasileira dispõe que todos têm direito à vida, podem-se extrair do dispositivo: (i) um direito de defesa, ao qual corresponde o dever do Estado de se abster de condutas que atentem contra a vida humana; (ii) um direito a prestações normativas, dirigidas à proteção do indivíduo contra a conduta de terceiros atentatória de sua vida, como no caso da edição de normas definidoras do crime de homicídio; (iii) direitos a diversas prestações materiais destinadas a proteger a vida, como o oferecimento de serviços públicos de saúde e de segurança.

Alexy (2008, p. 444, 461) aponta uma diferença essencial entre os direitos de defesa e os direitos a prestações: enquanto no primeiro caso o cumprimento do dever estatal se dá pela abstenção de toda e qualquer conduta que atente contra o direito, no segundo caso o Estado se obriga a realizar determinados objetivos, o que pode ocorrer com intensidade e formas variadas. Se a ação estatal realiza tais objetivos no modo e na medida exigidos constitucionalmente é uma questão a ser apreciada pelo Tribunal Constitucional. Normalmente, a norma estatuidora do direito não desce a detalhes quanto aos meios a serem empregados na persecução dos fins por ela definidos, conferindo amplos poderes de conformação ao legislador. Desse modo e como exemplo, fica a critério do legislador, em muitos casos, definir se, no cumprimento de um dever de proteção

⁷ Em sentido contrário, Sarlet (2007, p. 194) sustenta que diferentes funções dos direitos fundamentais podem reunir-se na mesma norma que os prevê.

do indivíduo contra ofensas de terceiros, qualificará a conduta atentatória como um ilícito civil ou penal. Tratando-se de prestações materiais, a realização dos objetivos constitucionalmente impostos encontra limites fáticos vinculados à disponibilidade de recursos financeiros.

4.2. Os direitos a prestações

Como assinalado, os direitos a ações positivas podem ser subdivididos em direitos a prestações normativas e a prestações fáticas. Alexy sugere mais um esquema classificatório, distinguindo-os em: (i) direitos à proteção; (ii) direitos à organização e ao procedimento; e (iii) direitos a prestações *stricto sensu* (direitos fundamentais sociais). As duas primeiras categorias podem ser denominadas direitos a prestações *lato sensu*, em contraposição à última, constituída por direitos a prestações fáticas. Isso não significa que haja vínculo necessário entre as duas classificações, já que, de acordo com o autor, os direitos à proteção podem traduzir-se em prestações normativas e fáticas.⁸

Os direitos à proteção têm por objeto ações estatais positivas, fáticas ou normativas, com a finalidade de “demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação” (ALEXY, 2008, p. 450). Visam, portanto, a proteger o exercício das liberdades contra ações de terceiros. Se, nos direitos de defesa, exige-se que o Estado se abstenha de condutas que embarcem ou impeçam o exercício de liberdades, nos direitos à proteção se exige um comportamento estatal ativo, no sentido de obstar que terceiros pratiquem os mesmos tipos de conduta que os direitos de defesa lhe vedam adotar. Exemplo dessa espécie é o direito à edição de normas que estabeleçam penalidades para a conduta ofensiva ao direito à honra.

De seu turno, os direitos à organização e ao procedimento têm por objeto a criação, manutenção, interpretação e aplicação de normas procedimentais e organizacionais destinadas a assegurar ou realizar outros direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de direitos de caráter instrumental, pois existem e se justificam como meio para garantir o usufruto de outros direitos.⁹ Relativamente ao objeto, essa classe é integrada por direitos: a competências de Direito Privado;

⁸ Sarlet não deixa clara sua posição a respeito do assunto. Se, por um lado, identifica os direitos a prestações materiais com os direitos prestacionais *stricto sensu*, os quais denomina direitos sociais prestacionais (SARLET, 2007, p. 220), por outro assinala que os direitos a prestações em sentido amplo abrangem “todas as posições fundamentais prestacionais não-fáticas, ao menos não enquanto estas puderem ser reconduzidas às funções típicas do Estado na condição de Estado social” (SARLET, 2007, p. 223).

⁹ Alexy (2008, p. 473) deixa em aberto a possibilidade de existência, no âmbito dos direitos fundamentais, de normas de organização e procedimento que sejam um fim em si mesmas.

a procedimentos judiciais e administrativos; à organização em sentido estrito; e à participação na formação da vontade estatal (ALEXY, 2008, p. 483). Como exemplos de cada grupo, podem ser citados os direitos: à edição de normas de direito contratual; à proteção jurídica efetiva; à organização do sistema de radiodifusão de uma forma que evite o monopólio estatal da informação e assegure o pluralismo; à criação de procedimentos que assegurem o exercício da competência eleitoral.

Por fim, os direitos a prestações *stricto sensu* ou direitos fundamentais sociais são definidos por Alexy (2008, p. 499) como direitos, “em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. Têm por objeto o fornecimento de serviços e utilidades materiais. A justificação filosófica de tais direitos reside na noção de que a liberdade jurídica têm pouco ou nenhum valor em um contexto no qual o seu beneficiário não dispõe de condições fáticas de fazer as escolhas que o *status* jurídico de pessoa livre lhe assegura.¹⁰ Assim, desacompanhada da liberdade fática, a liberdade jurídica é incapaz de garantir o livre desenvolvimento da personalidade e a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual os direitos fundamentais constituem modos de concretização.

Alexy não esclarece qual é o critério utilizado para a divisão tripartite, apresentando apenas os conceitos de cada categoria. Já Sarlet adota critério baseado na distinção entre o *status positivus libertatis* e o *status positivus socialis*, formulada por Dietrich Murswiek. Segundo esse autor, as prestações a cargo do Estado podem guardar correspondência direta com as liberdades asseguradas pelo Estado Liberal ou referir-se a tarefas de promoção do indivíduo e eliminação de situações de necessidade, assumidas pelo Estado Social. Sarlet (2007, p. 223) sustenta que os direitos à proteção e à organização e ao procedimento, como direitos a prestações *lato sensu*, “dizem respeito às funções do Estado de Direito de matriz liberal, dirigido principalmente à proteção da liberdade e da igualdade na sua dimensão defensiva”. Nisso se distinguiriam dos direitos a prestações *stricto sensu*, cujo objeto estaria vinculado ao desempenho de funções típicas do Estado Social. Ademais, os direitos a prestações *lato sensu* seriam direitos à edição de normas, ao passo que os direitos fundamentais sociais se traduziriam em prestações fáticas. Com isso, Sarlet (2007, p. 230) parece promover a equiparação entre direitos a prestações *lato sensu* e

¹⁰ Nesse sentido, cf. Rawls (2002, p. 221), Alexy (2008, p. 503) e Hesse (1998, p. 237).

direitos a prestações normativas, bem como entre direitos a prestações *stricto sensu* e direitos a prestações fáticas. Algumas questões podem ser levantadas quanto a esse critério diferenciador.

Em primeiro lugar, conforme já indicado, os direitos a prestações *lato sensu* podem, na visão de Alexy, ter por objeto prestações materiais. Seguindo-se essa vertente teórica, seria legítimo qualificar como objeto dos direitos à proteção, por exemplo, as ações materiais do Estado no sentido de impedir intervenções de terceiros na esfera juridicamente protegida dos indivíduos, como a prestação de serviços de segurança pública.¹¹ Por outro lado, revela-se problemático o enquadramento do direito à segurança dentro de um esquema que, além de promover a equivalência entre prestações *lato sensu* e prestações normativas, distinga-os dos direitos a prestações *stricto sensu* a partir da associação destes às funções típicas do Estado Social. Com efeito, o direito aos serviços de segurança pública se refere a uma prestação material já oferecida pelo Estado Liberal.

Em segundo lugar, ao associar ao *status positivus libertatis* os direitos à organização e ao procedimento, Sarlet reduz o universo de tais direitos àqueles que constituem meios para a realização de direitos de defesa. Ora, o conceito de direitos à organização e ao procedimento não se deixa limitar por uma classe específica de direitos-fim da qual eles seriam meio de realização. Também a concretização dos direitos sociais depende da emissão de normas procedimentais e organizatórias de sua fruição.¹² O próprio Sarlet qualifica como direito à organização e ao procedimento o estatuído no art. 17, § 3º, da Constituição brasileira (recebimento, na forma da lei, de recursos públicos pelos partidos políticos e acesso gratuito ao rádio e à televisão). Dificilmente tal direito poderia ser considerado meio de realização de um direito de defesa ou uma função típica do Estado Liberal. Ao contrário, o que se pretende com ele é reduzir desigualdades no plano político ou, dito de outro modo, garantir igualdade de oportunidades aos partidos. Ora, tais objetivos, realizados mediante subvenções estatais, não se coadunam com a restrita noção de igualdade formal do Estado Liberal.

Em terceiro lugar, a atribuição de fins redistributivos ou de compensação de desigualdades sociais aos direitos a prestações *stricto sensu* (SARLET, 2007, p. 232) não pode

¹¹ Canotilho (2008, p. 54) cita como exemplos de direitos de proteção à vida tanto a edição de normas penais quanto medidas fáticas, tais como detenções e prisões.

¹² Nesse sentido cf. Hesse (1998, p. 228). Ou, como assevera Canotilho (2003, p. 483): “o acesso aos ‘bens sociais’ é indissociável da preexistência de instituições, esquemas organizatórios e procedimentos que forneçam o suporte logístico, institucional e material assegurador da dinamização dos direitos sociais”.

ser considerada válida para todos os casos. Um direito a ações fáticas benéficas ao meio ambiente não tem, em princípio, qualquer finalidade redistributiva, no sentido do oferecimento de prestações diferenciadas.¹³ A rigor, sequer é possível precisar o *quantum* de benefício individualmente desfrutável em virtude da prestação estatal. Com efeito, o direito ao meio ambiente equilibrado insere-se na categoria dos direitos difusos.

A definição que Alexy dá para os direitos a prestações *stricto sensu* não é, igualmente, isenta de problemas. Veja-se o caso do direito à segurança, que pode ser considerado um direito à proteção, tendo como objeto prestações materiais. Várias delas são perfeitamente enquadráveis na definição de direito a prestações *stricto sensu* de Alexy, porquanto se referem a algo que também é ofertado (dentro de limites traçados pelo Estado) pelo mercado e obtido por quem dispõe de recursos financeiros para tanto, como no caso da segurança privada de estabelecimentos financeiros.

Quanto aos direitos à organização e ao procedimento, seu caráter instrumental não constitui elemento diferenciador em face dos demais direitos a prestações. Pode-se mesmo dizer que todos os direitos a prestações possuem tal característica. A edição de normas penais é um meio adotado para proteger os bens jurídicos tutelados pelos direitos de defesa. De modo análogo, o fornecimento de prestações materiais sociais aos indivíduos não é um dever que se possa considerar um fim em si mesmo. Ele existe como forma de suprir carências que impedem o gozo da liberdade fática, de tal forma que o cumprimento das obrigações estatais defluentes dos direitos sociais possibilita sejam concretamente exercidas liberdades que, de outro modo, não poderiam sê-lo por muitos indivíduos (MIRANDA, 1993, p. 105). Em um cenário hipotético no qual todos fossem capazes de satisfazer tais necessidades sem o auxílio do Estado, direitos dessa natureza seriam dispensáveis.

Em que pese o caráter instrumental se verificar em todos os direitos a prestações, pode-se identificar uma diferença marcante entre os direitos à proteção e os direitos fundamentais sociais, sob a ótica da forma como tutelam os bens jurídicos. Os direitos à proteção referem-se a prestações estatais destinadas a impedir ações de terceiros capazes de obstar a fruição de

¹³ Por ação estatal fática benéfica ao meio ambiente se entende aqui uma prestação que não implique restrições ao raio de ação de terceiros, tal como o reflorestamento de terras públicas. Quando se cuidar de uma prestação que tenha por objetivo limitar a ação de terceiros, ter-se-á um direito à proteção (ALEXY, 2008, p. 443), como no caso do estabelecimento de percentual mínimo da área de propriedades rurais que deve permanecer com vegetação nativa.

liberdades ou afetar negativamente situações ou estados do indivíduo.¹⁴ Já os direitos fundamentais sociais têm por função, nas palavras de Miranda (1993, p. 98), libertar o indivíduo da necessidade, ou, em outras palavras, assegurar condições concretas para a fruição de liberdades, para a subsistência e a melhoria de situações e estados do beneficiado, sem que para isso devam restringir ações de terceiros. Os direitos de proteção implicam relações que envolvem três sujeitos: o titular do direito, um potencial invasor da esfera juridicamente protegida e o Estado. Nos direitos fundamentais sociais, as relações se dão, ao menos de forma imediata, apenas entre seus titulares e o Estado.

Evidentemente, a concretização de direitos sociais não se dá sem que sejam afetados terceiros. É com recursos coletados da sociedade que o Estado realiza as prestações materiais a eles correspondentes. Nesse sentido, também os direitos sociais envolvem uma incursão estatal restritiva do raio de ação dos indivíduos, ao menos no tocante ao direito de propriedade. Entretanto, tal incursão não se distingue daquela necessária à manutenção de estruturas organizatórias e serviços afetos à promoção dos direitos à proteção. Trata-se, portanto, de algo distinto das restrições a condutas invasivas da esfera juridicamente protegida do indivíduo, características dos direitos à proteção e ausentes nos direitos fundamentais sociais.

Como os direitos à organização e ao procedimento podem servir de meio para a realização tanto de direitos de defesa quanto de outros direitos a prestações, o objetivo da tutela variará conforme eles se destinem a concretizar, de um lado, direitos fundamentais sociais, ou de outro, direitos de defesa ou à proteção.

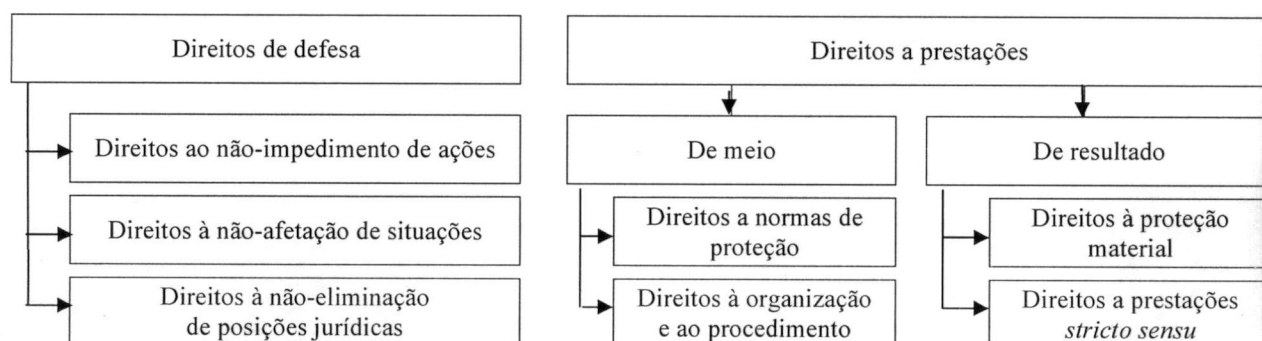
No primeiro caso, os direitos à organização e ao procedimento consistirão em medidas dirigidas a obter, como resultado, prestações que assegurem os pressupostos fáticos para o gozo de liberdades, a subsistência e a melhoria de estados do beneficiado, sem impor, de forma imediata, restrições ao raio de ação dos outros integrantes da sociedade. Assim, se o direito à assistência médica gratuita constitui um direito social fundamental, o correspondente direito à organização e ao procedimento consiste na edição e na aplicação de normas reguladoras dos serviços públicos de saúde e dos procedimentos a eles afetos, necessários à entrega da prestação.

¹⁴ O termo “liberdades” é usado aqui como sinônimo de liberdades de escolher entre alternativas de ação. Os direitos de proteção não se dirigem apenas a tais liberdades, mas abrangem também situações e estados. Ao tutelar a vida, o Estado atua diretamente no sentido de preservar uma situação (o estar vivo) e não de assegurar ao indivíduo a possibilidade de escolha entre cursos de ação. Alexy (2008, p. 343) reúne a proteção do “fazer” e do “ser” fático e jurídico no conceito de “direito geral de liberdade”.

No segundo caso, os direitos à organização e ao procedimento constituirão medidas que objetivem, como resultado final, a obtenção de prestações consistentes nos direitos à proteção ou abstenções estatais. Assim, ao direito do indivíduo, contra o Estado, de não ter confiscada a sua propriedade (direito de defesa) está associado um direito à edição e à aplicação de normas reguladoras do processo de desapropriação, que assegurem uma justa compensação pela retirada do bem de seu patrimônio (direito à organização e ao procedimento). E, ao direito do indivíduo a que o Estado o proteja contra ações de terceiros lesivas ao seu patrimônio (direito à proteção) está associado o direito à edição e à aplicação de normas relativas aos serviços de segurança pública (direito à organização e ao procedimento).

4.3. Proposta de classificação dos direitos fundamentais

Tendo em vista as questões levantadas *supra*, propõe-se a seguinte classificação para os direitos fundamentais, essencialmente baseada em Alexy, e que os distingue em razão de seu objeto:



Os direitos fundamentais podem, antes de tudo, ser divididos em direitos de defesa e direitos a prestações, conforme exijam do Estado, respectivamente, uma abstenção ou uma ação. Os direitos de defesa se distinguem, quanto ao objeto protegido contra a intervenção estatal, em: (i) direitos ao não-impedimento de ações, que tutelam alternativas de ação do indivíduo; (ii) direitos à não-afetação de situações ou estados, que protegem estados e propriedades do indivíduo; (iii) direitos à não-eliminação de posições jurídicas, que se dirigem à preservação de competências e das posições jurídicas concretas resultantes de seu exercício.

Os direitos a prestações têm por objeto ações positivas do Estado. Tais ações podem

guardar relação direta com as liberdades e bens jurídicos protegidos pelos direitos de defesa¹⁵, no sentido de que o cumprimento do dever estatal atua imediatamente de forma a remover obstáculos ao exercício de liberdades ou ameaças àqueles bens, consistam eles em interferências de terceiros ou em carências materiais que eliminam a possibilidade de escolha, ínsita à liberdade. Nesses casos, pode-se falar em direitos a prestações de resultado: o cumprimento do dever estatal tem necessariamente um reflexo positivo sobre tais liberdades ou bens jurídicos.

Os direitos a prestações de resultado podem ser de duas espécies: direitos à proteção material e direitos a prestações *stricto sensu*. Os primeiros têm por objeto ações estatais materiais de defesa do indivíduo pelo Estado contra interferências de terceiros em sua esfera juridicamente protegida. Como exemplos, poderiam ser citadas as ações policiais, de vigilância sanitária, de fiscalização de trânsito, entre outras. Já os direitos a prestações *stricto sensu* referem-se a prestações materiais destinadas a suprir carências dos indivíduos que afetem negativamente seus bens jurídicos ou a possibilitar o exercício de liberdades e competências obstado por razões diversas da interferência injurídica de terceiros. Os direitos à educação e à saúde são ilustrativos dessa categoria.

Diversamente do que ocorre com os direitos a prestações de resultado, o cumprimento do dever estatal correspondente aos direitos a prestações de meio não tem por consequência direta o resguardo de liberdades e bens jurídicos protegidos pelos direitos de defesa ou o oferecimento de condições suficientes para o seu usufruto. Entretanto, a sua existência pode ser necessária para a efetivação de direitos de defesa, direitos à proteção material e direitos a prestações *stricto sensu*. Assim, embora não sejam garantias da possibilidade de gozo de liberdades e da preservação de bens jurídicos, são meios necessários para alcançar esse objetivo. É o que se dá, por exemplo, com os direitos a prestações normativas. A edição de norma que preveja o crime de homicídio não é garantia de que qualquer ação atentatória à vida deixará de ocorrer. Contudo, constitui um recurso dissuasório desse tipo de conduta e autorizador da punição de quem a praticar. Analogamente, as normas de organização dos serviços de segurança pública não asseguram, de *per se*, a inoccorrência de qualquer crime. Algo semelhante pode ser dito das normas de organização dos serviços de educação e saúde, relativamente aos direitos que a prestação de tais serviços visam a satisfazer. Em

¹⁵ Conquanto o uso da expressão “bem jurídico” seja comum, a proteção não se dirige propriamente a uma coisa, mas a uma situação ou característica do indivíduo, como no caso da proteção à vida (ALEXY, 2008, p. 199). Mesmo quando se puder falar em uma coisa (como no caso da proteção contra a destruição, por terceiros, do bem de propriedade de alguém), a defesa será igualmente de uma situação – a de proprietário –, já que a perda do bem acarreta o fim da condição de proprietário.

outras palavras, o cumprimento do dever estatal relacionado aos direitos a prestações normativas não tem como resultado imediato a garantia do exercício de liberdades e da preservação de bens tutelados constitucionalmente. Tal resultado se verifica por força do cumprimento do dever estatal correspondente aos direitos a prestações *stricto sensu* e à proteção material.

Os direitos a prestações de meio podem ser de dois tipos: direitos a normas de proteção e direitos à organização e ao procedimento. Os primeiros referem-se a prestações normativas consistentes na delimitação das esferas jurídicas dos indivíduos, de modo a vedar interferências intersubjetivas consideradas indevidas, que afetem negativamente liberdades e estados dos titulares desses direitos. Já os direitos à organização e ao procedimento têm por objeto, como já assinalado, a edição e aplicação de normas de caráter organizatório ou procedimental, cuja observância constitui um meio para satisfazer outros direitos fundamentais.

Nos direitos a prestações de meio, a relação meio-fim se verifica da seguinte forma:

1) Os direitos a normas de proteção constituem condição para o cumprimento dos deveres estatais correspondentes aos direitos à proteção material: sem normas que vedem condutas de terceiros lesivas da esfera jurídica do indivíduo, não há como promover concretamente dita proteção;

2) Os direitos à organização e ao procedimento são meios para se obter o fim consistente no cumprimento dos deveres correspondentes a outros direitos, sejam eles: (i) direitos à proteção material: as normas que preveem procedimentos para o acesso a veículos de comunicação, com o objetivo de oferecer resposta a informações inverídicas e ofensivas à reputação do indivíduo constituem meio para a proteção do direito à honra; (ii) direitos a prestações *stricto sensu*: o cumprimento do dever estatal de amparo aos necessitados depende da existência de estruturas administrativas que coordenem ou prestem diretamente os serviços de assistência social; (iii) direitos de defesa: o estabelecimento de um conjunto de procedimentos a serem observados no processo de desapropriação traduz-se num meio para garantir o respeito, pelo Estado, ao direito de propriedade.

Esse será o esquema utilizado na classificação dos direitos de comunicação no próximo capítulo. Antes, porém, será examinado o processo histórico de positivação dos direitos de comunicação.

CAPÍTULO II

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE COMUNICAÇÃO

1. O processo histórico de positivação dos direitos de comunicação

1.1. Os direitos negativos de comunicação

A passagem do mundo medieval para a modernidade caracteriza-se por um processo de contínua diferenciação e autonomização dos diversos subsistemas sociais (político, econômico, científico, artístico) em face do sistema religioso, ao qual se subordinavam. A comunicação foi peça importante nesse processo, ao assegurar a autodescrição e a autoprodução desses subsistemas (MACHADO, 2002, p. 14):

Os desenvolvimentos teológicos, políticos, econômicos, culturais, científicos e tecnológicos da modernidade tiveram o seu fundamento no desimpedimento dos canais de comunicação no seio de cada um desses subsistemas de ação social, através da substituição de uma concepção de verdade objectiva pelo valor da liberdade subjectiva, criando condições para a emergência de uma verdadeira sociedade aberta.

No início da Idade Moderna, o surgimento da imprensa possibilitou a disseminação de ideias de uma forma até então nunca vista. Desse novo recurso tecnológico muito se valeram os reformadores protestantes. A Reforma, com o conseqüente fim da unidade da Europa cristã, é um dos primeiros passos no sentido da diferenciação funcional e estrutural dos subsistemas sociais. Nesse primeiro momento, o pleito por liberdade de expressão esteve associado predominantemente às lutas por liberdade religiosa.

A ampliação das possibilidades comunicativas é decisiva para a consolidação do novo sistema econômico, baseado em trocas livres. Inicialmente, os noticiários escritos eram estruturados na forma de correspondências privadas, com informações úteis aos comerciantes que os adquiriam. As notícias eram consideradas uma mercadoria como outra qualquer (HABERMAS, 2003, p. 35). A ampliação do universo de leitores (adquirentes, portanto) logo passou a ser interessante a quem produzia tais correspondências, o que explica o aparecimento dos primeiros jornais. Ao lado desses noticiários, surgiram também os primeiros boletins oficiais dos Estados nacionais recém constituídos, por meio dos quais os governos davam publicidade a seus atos. E, como controlar o fluxo de informações significava concentrar poder, os Estados absolutistas instituíram uma série de restrições à comunicação pública, tais como a exigência de autorização para a criação de jornais, a censura prévia e a incidência de pesados tributos sobre

materiais impressos.

Nessa fase em que a diferenciação entre os subsistemas sociais já se mostrava bem mais perceptível e o poder político não mais estava submetido ao religioso, ganharam força as reivindicações por maior liberdade de expressão do pensamento, que integravam a pauta dos liberais, defensores da limitação do poder do Estado. Pode-se dizer mesmo que o reconhecimento de direitos de comunicação como direitos fundamentais é um fenômeno que remonta aos primeiros movimentos constitucionalistas.

Consoante observa Machado (2002, p. 15), as consequências da associação entre a liberdade de expressão e o moderno Estado Constitucional podem ser compreendidas a partir da perspectiva de que a limitação do poder estatal gerou condições para a estruturação dos subsistemas sociais como “sistemas de liberdade comunicativa”. Assim, o processo de autonomização de tais subsistemas ganhou um considerável impulso com o progressivo respeito, pelo Estado, das liberdades comunicativas, seja pela abolição da censura prévia e dos privilégios reais para determinados editores, seja pela revogação de normas penais que visavam interditar o debate e a crítica.

Na Inglaterra, John Milton, em sua *Areopagítica* (1644), defendia a revogação da *Licensing Order* do Parlamento, que estabelecia a censura prévia de obras, argumentando que, no embate de ideias, a verdade deveria triunfar, pelos seus méritos intrínsecos, sobre falsos argumentos. De seu turno, John Locke, em sua Carta sobre a Tolerância (1689), procurava distinguir entre a persuasão e o comando, a pressão mediante argumentos e mediante punições, acentuando que o poder de persuadir não estava reservado ao governo. Muito pelo contrário, “todo homem tem o direito de admoestar, exortar e convencer a outro do erro, e, por meio do raciocínio, atraí-lo para a verdade” (LOCKE, 1994, p. 245). Alguns anos após a Revolução Gloriosa (1688), o Parlamento deixou de se pronunciar sobre a continuidade da vigência da *Licensing Order*, o que resultou na caducidade do ato normativo. A despeito do avanço que isso representou para a liberdade de imprensa, o fim da censura prévia não se fez acompanhar da abolição do regime tributário de aposição de selos nos impressos, que tornava bastante dispendiosa a atividade jornalística.

Nos Estados Unidos, o *Bill of Rights* da Virgínia (1776) proclamou, em seu art. 12: “a liberdade de imprensa constitui um dos baluartes da liberdade e jamais pode ser restringida, senão

por um governo despótico”. A liberdade de expressão ganhou *status* constitucional com a aprovação, em 1791, da Primeira Emenda à Constituição de 1787, a qual dispôs: “o Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, de proibir o livre exercício dos cultos, de cercear a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”. A compreensão inicial desse preceito, contudo, não foi além de um interdito à censura prévia (já observado no Direito britânico), dirigido ao Poder Legislativo federal.

A discussão em torno das primeiras emendas à Constituição norte-americana esteve preponderantemente associada à limitação do poder central. Consoante observa Machado (2002, p. 64), mais do que promover inovações liberais no campo da comunicação, a Primeira Emenda foi redigida com a finalidade de “operar uma repartição de competências entre o Estado Federal e os estados federados, no sentido de atribuir a estes últimos a competência exclusiva em matéria de liberdade de expressão e imprensa”. Sem embargo disso, mesmo nos primeiros anos de vigência da emenda, a exegese prevalente não foi no sentido de excluir qualquer possibilidade de o Congresso estabelecer limitações a essa liberdade. Em 1798, foi aprovado o *Sedition Act*, que punia condutas expressivas desrespeitosas a autoridades.¹⁶ Tal lei foi utilizada para silenciar adversários políticos e a imprensa crítica ao governo do Partido Federalista.

Na França, os revolucionários, ao redigirem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabeleceram, em seu art. 11, que “a livre manifestação de pensamento e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem: todo cidadão pode, pois, falar, escrever e imprimir livremente, ressalvado o abuso dessa liberdade, pelo qual deverá responder nos casos previstos em lei”. Na prática, porém, verificou-se a alternância entre períodos de censura e de maior liberdade. Já no governo jacobino foi promovida ampla perseguição da imprensa oposicionista. A prática da censura foi comum também na fase do Diretório, acrescida da criação de incentivos financeiros para a imprensa subserviente.

Durante o Império Napoleônico, ressuscitou-se a exigência de autorização prévia para a criação de veículos de imprensa, cujos diretores deveriam ser nomeados pelo governo, em um sistema mais rigoroso do que o existente no Antigo Regime. No período da Restauração, também se intercalaram momentos de distensão e de maior controle, chegando-se a condicionar a

¹⁶ O *Sedition Act* foi uma lei editada para vigorar temporariamente (até 1801), em período de instabilidade e na iminência de uma guerra contra a França.

publicação de qualquer escrito com mais de vinte folhas a autorização estatal. Com a Revolução de 1848, nova fase liberal teve início: a Constituição da Segunda República proibiu toda e qualquer forma de censura. No entanto, não tardou para que a situação regredisse ao estado anterior. No Segundo Império, até mesmo a autorização prévia foi reinstituída.

A Terceira República instaurou um regime mais liberal, editando a Lei de Imprensa de 1881, a qual, com algumas alterações, encontra-se em vigor ainda hoje. A lei veda toda forma de censura ou autorização prévia para a criação de jornais. Originalmente, previa o julgamento de crimes de imprensa pelo tribunal do júri. O entendimento dominante era o de que ninguém estaria mais habilitado a avaliar o trabalho dos veículos de imprensa do que o próprio público. A partir de 1944, tais casos passaram a ser apreciados por juízes.

No Brasil, a Carta Constitucional outorgada em 1824, sob influência do Direito francês, estabelecia, no inciso IV de seu art. 179: “todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura, contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar”.

Como se pode notar na leitura das primeiras constituições escritas, a tônica do constitucionalismo liberal é, no tocante aos direitos de comunicação, a positivação de direitos de defesa, o estabelecimento de normas de competência negativa. Pretendia-se, antes de tudo, impedir ações estatais restritivas da liberdade de expressão, sobretudo no que se refere à atividade da imprensa, vista como um mecanismo eficaz de crítica e controle dos governantes. Nesse sentido, atribuía-se à imprensa uma função de porta-voz da opinião pública, de mediadora das relações entre Estado e sociedade. A liberdade de imprensa tinha a finalidade de “criar um espaço público de reflexão e discussão para fazer possível uma formação racional da opinião e da vontade capaz de manter sob controle os que exercem o poder mediante a aprovação e a crítica”. (LÓPEZ, 1987, p. 59). Na perspectiva do Liberalismo, o simples *laissez-faire* comunicativo seria suficiente para assegurar o cumprimento dessa tarefa. O direito à informação não era concebido como autônomo, mas como decorrência natural de um quadro de imprensa livre. Tampouco se colocava a questão sobre o acesso aos meios de comunicação.

Conforme acentua Rivero (2006, p. 556), as técnicas de difusão de informações no séc. XVIII não eram onerosas o suficiente para representar, por si sós, um obstáculo à pluralidade de

pontos de vista na imprensa. As restrições impostas pelo Estado eram consideradas as principais ameaças à liberdade de expressão. Isso explica a formulação inicial dos direitos de comunicação como direitos de defesa.

1.2. Os direitos positivos de comunicação

Originalmente formada por empresas artesanais que obtinham lucro pela atividade de circulação de notícias, a imprensa de informação se transformou, com o avanço do movimento liberal, em imprensa de opinião, deixando em segundo plano os objetivos de lucro, para se converter em veículo de debate e defesa dos variados pontos de vista políticos do público, como aponta Habermas (2003, p. 216-7):

Uma imprensa que se desenvolvia a partir da politização do público e cuja discussão ela apenas prolongava continuou a ser por inteiro uma instituição deste mesmo público: ativa como uma espécie de mediador e potenciador, não mais apenas um mero órgão de transporte de informações e ainda não um instrumento da cultura consumista. Esse tipo de imprensa pode ser observado de modo exemplar em épocas revolucionárias, quando os jornais dos menores grupelhos políticos brotam por toda parte como capim.

Ainda na primeira metade do séc. XIX, contudo, verificou-se uma reorganização da imprensa. As empresas jornalísticas voltaram a ter caráter essencialmente lucrativo, mas sobre bases diversas da originária imprensa artesanal. Os avanços tecnológicos permitiram um aumento considerável na tiragem dos jornais. Entretanto, poucos veículos dispunham de condições financeiras para levar à frente os elevados investimentos em novas máquinas. Disso decorreu uma tendência de concentração no mercado de informação. Ademais, a venda de espaços publicitários passou a constituir parte importante da receita dos jornais, com reflexos decisivos sobre a nova configuração da imprensa (HABERMAS, 2003, p. 217-8):

O jornal acaba entrando numa situação em que ele evolui para um empreendimento capitalista, caindo no campo de interesses estranhos à empresa jornalística e que procuram influenciá-la. A história dos grandes jornais na segunda metade do século XIX demonstra que a própria imprensa se torna manipulável à medida que ela se comercializa. Desde que a venda da parte redacional está em correlação com a venda da parte de anúncios, a imprensa, que até então fora instituição de pessoas privadas enquanto público, torna-se instituição de determinados membros do público enquanto pessoas privadas – ou seja, pórtico de entrada de privilegiados interesses privados na esfera pública.

A esfera pública deveria constituir, na concepção liberal, um espaço de livre discussão, no qual os indivíduos poderiam apresentar, com igual chance, os seus pontos de vista, evoluindo desse confronto de ideias a chamada opinião pública. A nova configuração da imprensa conduziu

à restrição do debate, ao bloqueio do acesso a visões de mundo alternativas, à publicidade manipulativa, ao consenso fabricado. A adoção do modelo de grande empreendimento capitalista pela imprensa e o seu submetimento à lógica da receita publicitária, longe de lhe assegurar maior independência, fez surgir um sistema de censura privado, mais eficaz do que os estatais anteriormente existentes (CURRAN; SEATON, 2001, p. 19).

A concepção liberal dos direitos fundamentais tem como pano de fundo uma sociedade imaginada como de livre intercâmbio material e intelectual entre pessoas, isenta de relações de dominação e na qual haveria igualdade de oportunidades. Nesse contexto, é possível compreender o caráter negativo desses direitos, como garantias de não-intervenção do Estado. As mudanças estruturais por que passou a esfera pública não permitem utilizar o modelo liberal clássico como explicativo da realidade, nem mesmo por aproximação (HABERMAS, 2003, p. 264-5):

[É] preciso compreender, no referido grupo de direitos fundamentais, que (como a liberdade de expressão e de opinião, liberdade de se associar e de se reunir, liberdade de imprensa, etc) asseguram uma esfera pública politicamente ativa, que eles precisam ser interpretados não mais apenas enquanto negação, mas positivamente como garantias de participação, se é que eles devem querer preencher com algum sentido a sua função originária. Desde que as próprias instituições jornalístico-publicitárias se tornaram um poder social, que se adéqua ao gesto de privilegiar ou de boicotar os interesses privados que afluem à esfera pública, adequadamente também à mediatização de todas as opiniões meramente individuais, então a formação de uma opinião pública em sentido estrito não é garantida efetivamente pelo fato de que qualquer um poderia expressar livremente a sua opinião e fundar um jornal. O público não é mais um público de pessoas formal e materialmente com os mesmos direitos. [...] A liberdade de exprimir a opinião através da imprensa não pode mais ser considerada como parte das tradicionais manifestações de opinião dos indivíduos enquanto pessoas privadas. Pois a todas as demais pessoas privadas, só através da garantia da estrutura do Estado é que se assegura uma igualdade de chance de acesso à esfera pública; uma mera garantia de não-intromissão do Estado não basta mais para isso.

O exercício das liberdades comunicativas passa a depender, portanto, em grande medida, da existência de direitos a prestações estatais, sobretudo na forma de regulação, envolvendo regras para evitar a formação de monopólios e oligopólios comunicativos e para assegurar direitos de acesso aos meios de comunicação.

Conquanto a discussão em torno do direito de acesso tenha ganhado maior destaque apenas no séc. XX, as primeiras legislações que contemplaram uma de suas modalidades foram aprovadas ainda no auge do Estado Liberal. Com efeito, a Lei Francesa de imprensa de 1822 previu o direito de resposta, assegurando a toda pessoa mencionada ou referida em uma publicação periódica a divulgação, sem ônus, de uma resposta sua, no mesmo veículo de imprensa. O direito de resposta foi reconhecido pela legislação de diversos outros países

européus ao longo do século XIX. No Brasil, foi primeiramente previsto na legislação infraconstitucional (Decreto nº 4.743, de 1923, art. 16), ganhando *status* constitucional com a Carta de 1934 (art. 113, n. 9), promulgada no momento histórico de ascensão do Estado Social.

Além do Brasil, vários outros países conferiram, ao longo do séc. XX, *status* constitucional ao direito de resposta (Portugal, Croácia, Eslovênia, Venezuela, entre outros). Na maioria dos países, contudo, tal direito não figura expressamente no texto constitucional. Essa circunstância não deve ser vista como indicativa de uma total discricionariedade do legislador com respeito ao tema. Consoante adverte Gardbaum (2008, p. 1066), a existência de um direito de resposta pode ser constitucionalmente obrigatória se a Lei Maior impõe ao Estado um dever positivo de proteger o discurso, bem como interesses afetos à reputação e à dignidade dos indivíduos. Nesse caso, a inércia do legislador ordinário em produzir normas com essa finalidade representa a “violação inconstitucional de um dever estatal positivo”.

O direito de resposta constitui apenas uma modalidade de direito de acesso aos meios de comunicação. A legislação de diversos países prevê o acesso aos meios de comunicação por pessoas e grupos sociais em bases bem mais amplas do que as do direito de resposta, sobretudo no âmbito da radiodifusão. Com o advento do rádio e da televisão, a disparidade entre o poder de difusão de ideias de uma pessoa comum e o dos controladores de um meio de comunicação assumiu dimensões gigantescas. As transformações ocorridas na comunicação social permitem concluir hoje que, “como uma teoria constitucional para a comunicação de ideias, o *laissez faire* se revela manifestamente irrelevante” (BARRÓN, 1967, p. 1656). A alegoria do panfletário ou do orador de rua não é representativa de um mundo de comunicação massiva. Ademais, as peculiaridades que caracterizam os diversos meios de comunicação justificam tratamentos diferenciados da liberdade de expressão no uso de cada um deles. O impacto e o alcance da distribuição de panfletos ou do uso de um megafone não são comparáveis aos do rádio e da televisão. As possibilidades de manejo desses instrumentos de comunicação por uma pluralidade de indivíduos também são diferenciadas. Com fundamento nessas diferenças, Barrón preconiza que os controles públicos sobre a atividade dos meios de comunicação sejam diretamente proporcionais ao seu impacto público.

Se, como se verá adiante, um dos grandes objetivos das liberdades comunicativas, vinculado ao próprio funcionamento da democracia, consiste em permitir o debate livre e

desinibido e, com ele, o esclarecimento do povo acerca de questões públicas relevantes, tal objetivo não é alcançado quando a veiculação de determinados pontos de vista, representativos de parcela da população, é vedada pela censura privada.¹⁷ Numa sociedade de massas, dizer que esse poder de veto não compromete a liberdade de expressão, por existirem meios alternativos de divulgação (o megafone, a panfletagem, o carro de som), significa ignorar, por completo, a enorme diferença de eficácia desses meios.

A crença de que a liberdade de expressão se encontra suficientemente protegida pela simples proibição de ações estatais representa, segundo Barrón, uma “visão romântica” dos direitos de comunicação, que não leva em conta as profundas mudanças sociais havidas nos dois últimos séculos. Os grupos privados que detêm o controle dos meios de comunicação podem restringir a liberdade de expressão tanto ou mais do que o próprio Estado, simplesmente impedindo que determinadas notícias e ideias sejam veiculadas. E nem mesmo a pluralidade de meios de comunicação é suficiente para afastar esse risco, quando sua linha editorial é coincidente ou semelhante.

A mudança de postura em relação à liberdade de expressão acompanhou, em grande medida, o conjunto de transformações que caracterizam a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. O absentéismo deu lugar ao intervencionismo, com o objetivo de assegurar condições fáticas de exercício das liberdades, corrigir distorções decorrentes do exercício de poderes privados, bem como oferecer serviços que o mercado não seria capaz ou não teria interesse de fornecer.

Na esfera da comunicação, essa nova postura se traduziu numa disciplina jurídica mais minuciosa, inclusive com o objetivo de garantir maior pluralidade nos meios de comunicação, mas não se resumiu a isso. No caso da radiodifusão, a tendência inicial foi a assunção dessa atividade pelo Estado, na forma de serviço público, sob o argumento de proteger a função pública jornalística dos meios de comunicação frente a sua função capitalista privada (HABERMAS,

¹⁷ Ao controlarem o que é exibido ou noticiado, os meios de comunicação exercem o que se costuma denominar “poder de agenda” (*agenda setting*). Em um mundo no qual os indivíduos se informam predominantemente através dos meios de comunicação de massa, a sua recusa em veicular determinadas notícias ou pontos de vista equivale a uma verdadeira censura, com riscos reais para o regime democrático. Ademais, mediante o enquadramento (*framing*), a mídia estrutura de determinado modo a mensagem transmitida, de forma a conferir ênfases a certos aspectos, imprimir dados sentidos à realidade, interpretar de determinada maneira as situações expostas ou sobre elas fazer juízos e apreciações. Consoante adverte Popper (2007, p. 29), ao propor maior regulação estatal para televisão: “Numa democracia não deveria existir nenhum poder político incontrolado. [...] A televisão adquiriu um poder demasiado vasto no seio da democracia. Nenhuma democracia pode sobreviver se não puser cobro a esta onipotência”.

2003, p. 220). Em alguns casos, isso conduziu, de forma patente, a uma instrumentalização dos meios de comunicação de massa por governos totalitários, como veículos de propaganda oficial. Noutros, porém, a ingerência estatal foi mitigada, seja pelo grau de autonomia adquirido pelos meios públicos de comunicação (como ocorreu na Inglaterra, com a *British Broadcasting Corporation*), seja por normas que asseguraram o pluralismo interno desses meios, com a participação de parcelas representativas dos diferentes grupos sociais e políticos na programação (como ocorreu na Alemanha Ocidental do pós-guerra).

As primeiras emissoras regulares de rádio iniciaram suas atividades na década de 1920, e as primeiras transmissões televisivas em maior escala ocorreram no fim da década de 1930. Diversos países europeus organizaram seus serviços de radiodifusão como atividade prestada monopolisticamente pelo Estado ou entidade por ele criada. Assim aconteceu na Inglaterra, com a *British Broadcasting Corporation* (BBC), na Itália, com a *Radio Audizione Italiana* (RAI), e na França, com a *Radiodiffusion Télévision Française* (RTF).

Nos Estados Unidos, ao contrário, a prestação dos serviços foi entregue, desde o início, à iniciativa privada, ainda que sob regulação estatal, recebendo os operadores, na condição de *trustees* (fiduciários) uma licença do poder público para explorar a atividade. A *Federal Communications Commission* (FCC), órgão incumbido de conceder as licenças para operadores de radiodifusão, já na década de 1930, valendo-se de sua competência regulatória, desenvolveu a *Fairness Doctrine*, um conjunto de determinações aos *trustees* para que destinassem “uma percentagem razoável de seu tempo de transmissão à apresentação de notícias e programas direcionados à discussão de assuntos públicos de interesse da comunidade”, sob o argumento de constituir “direito primordial do público, em uma sociedade livre, ser informado e ver submetidos à sua apreciação os diferentes pontos de vista a respeito das questões vitais e frequentemente controversas, sustentados pelos vários grupos que compõem a comunidade” (FCC, 1949, p. 1249).¹⁸

López (1987, p. 120-1) identifica cinco razões para esse intervencionismo inicial do Estado na radiodifusão: (i) a necessidade de controle da distribuição de frequências, por serem elas limitadas, constituindo um bem escasso; (ii) os altos custos de instalação e operação do serviço; (iii) a má imagem da imprensa oligopolizada; (iv) a relevância social, cultural e política dos novos meios de comunicação; e (v) o contexto histórico de consolidação do Estado Social.

¹⁸ A *Fairness Doctrine* será examinada em detalhes na Seção 1.1 do Capítulo IV.

No plano das ideias, uma nova doutrina pretendeu explicar e justificar essa realidade, como tentativa de corrigir deficiências da doutrina liberal clássica. Tratava-se de uma concepção normativa a respeito do papel desempenhado pelos meios de comunicação, denominada teoria da responsabilidade social da imprensa. Surgida nos Estados Unidos, após a II Guerra Mundial, identificava três funções básicas nos meios de comunicação – informação, instrução e controle democrático do Estado –, insistindo “no direito do público de ser informado a partir de uma pluralidade heterogênea de fontes, com objetividade e sem manipulações, respeitando, além disso, certos valores morais e culturais representativos da dignidade da pessoa e o progresso da civilização” (LÓPEZ, 1987, p. 99). Ante a descrença na capacidade de autorregulação do mercado, propunha a adoção, pelo Estado, de medidas no sentido de corrigir as falhas que impediam a imprensa de cumprir a contento suas funções.

Representativo dessa nova concepção acerca da liberdade de imprensa é o estudo produzido em 1947 pela *Commission on freedom of the Press*. A Comissão, presidida por Robert Hutchins e integrada por diversos acadêmicos norte-americanos nas áreas de Direito, Economia, Ciência Política e Filosofia, como os professores Harold Lasswell e Charles Merriam, produziu um diagnóstico nada alentador da situação dos meios de comunicação de massa nos Estados Unidos. Segundo o grupo de estudiosos, a nova estrutura econômica da imprensa, a organização industrial da sociedade moderna e a própria linha de conduta dos controladores dos meios de comunicação levaram a um quadro de ameaça à liberdade de expressão. A comunicação de massa, que possibilitou a difusão de informações em uma extensão sem precedentes, fez-se acompanhar de uma redução da proporção de pessoas com chances reais de expressar suas opiniões na imprensa. Os meios de comunicação se transformaram em poderes privados com capacidade de cercear a liberdade de expressão.

Com uma postura mais simpática a ações do Estado na concretização dos direitos fundamentais, a Comissão concluiu que, quando qualquer poder privado se transforma em uma ameaça à liberdade, cumpre ao governo lhe impor limites ou neutralizá-lo. Entre as medidas sugeridas, figuraram: (i) o aperfeiçoamento e a aplicação efetiva da legislação antitruste, para evitar a excessiva concentração do mercado de comunicação; (ii) a manutenção do regime de licenciamento na radiodifusão, com exigências de desempenho e de atendimento ao interesse público como condição para a concessão e renovação das licenças; (iii) a criação de um remédio legal contra afirmações falsas e causadoras de dano, feitas pela imprensa, consistente na

retratação do meio de comunicação, ou no direito de resposta; (iv) o fornecimento de informações à população sobre a atividade governamental e as políticas públicas, inclusive mediante veículos de comunicação estatais, sempre que os privados se recusassem a fazê-lo.

Ainda nesse contexto de transformações, o direito a ser informado ganhou autonomia relativamente à liberdade de expressão em diversos diplomas jurídicos internacionais do pós-guerra. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948, reconheceu, em seu art. 19, o direito de todo homem “à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser incomodado por suas opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias, por quaisquer meios de expressão, independentemente de fronteiras”. Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San Jose da Costa Rica), previu, em seu art. 13, a liberdade de procurar, receber e difundir informações, cuja proteção se deve dar tanto em face de restrições perpetradas pelo Estado, quanto por poderes privados:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

.....

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

Nos Estados Unidos, uma nova abordagem dos direitos de comunicação surgiu a partir da interpretação da Primeira Emenda pela Suprema Corte. Reconhecendo que as ameaças à liberdade de expressão não provêm apenas do Estado, o Tribunal acentuou na decisão em *Associated Press v. United States* (326 U.S. 1), de 1945:

De fato, seria estranho se as sérias preocupações com a liberdade de imprensa, que levaram à adoção da Primeira Emenda, devessem ser lidas como uma demanda para que o governo não tivesse poder algum de proteger tal liberdade. [...] Aquela Emenda repousa no pressuposto de que a difusão de informações mais ampla possível e de fontes diversas e antagônicas é essencial para o bem-estar do público, que uma imprensa livre é a condição de uma sociedade livre. Um comando que proíba o governo de impedir o livre fluxo de ideias não confere a combinações entre entes não-governamentais um refúgio quando impõem restrições àquela liberdade constitucionalmente garantida. Liberdade para publicar significa liberdade para todos, não para apenas alguns. [...] A liberdade de imprensa contra interferências governamentais, nos termos da Primeira Emenda, não autoriza a repressão dessa mesma liberdade por interesses privados.

O caso versava sobre a aplicação do *Sherman Act* (lei antitruste) para anular cláusulas estatutárias da agência de notícias *Associated Press* que proibiam seus membros de distribuir informações a não-associados. O Tribunal entendeu serem consentâneas com a Primeira Emenda ações estatais protetoras da liberdade de expressão contra restrições impostas por particulares. Já na decisão do caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* (395 U.S. 367), de 1969, a Corte considerou que a *Fairness Doctrine*, longe de contrariar a Primeira Emenda, atuava no sentido de promover a liberdade de expressão. Disso o Tribunal não extraiu um direito de resposta constitucionalmente exigível ou um dever constitucional do Estado de implementar a *Fairness Doctrine*, mas reconheceu que a Primeira Emenda consagra um direito do público a ser adequadamente informado.¹⁹ No caso *CBS v. DNC* (412 U.S. 94), julgado quatro anos depois, a Corte ressaltou que a doutrina se fundava em bases infraconstitucionais: da circunstância de não ser incompatível com a Primeira Emenda não se poderia inferir que a adoção da *Fairness Doctrine* fosse constitucionalmente obrigatória, mas somente permitida.

Diversas constituições promulgadas no pós-guerra previram expressamente direitos positivos de comunicação. Outros tantos foram reconhecidos a partir da interpretação de dispositivos constitucionais que, numa primeira análise, consagrariam apenas direitos de defesa. A esse respeito, Alexy (2008, p. 69) alude a duas categorias de normas: as de direito fundamental diretamente estabelecidas pelo texto constitucional e as de direito fundamental atribuídas. Segundo esse autor, uma norma qualifica-se como norma atribuída de direito fundamental quando, referenciada a uma norma diretamente estabelecida, lhe for “possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”.

Exemplo da segunda espécie de norma pode ser encontrado na exegese que o Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão deu ao art. 5º, I, da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, consoante o qual “todos têm direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por meio da palavra, por escrito e pela imagem, bem como de se informar sem impedimentos, em fontes de acesso geral”. Desse enunciado, que numa primeira leitura poderia ser interpretado

¹⁹ A doutrina diverge quanto à compreensão do *decisum* em *Red Lion*. Para Sunstein (2009, p. 275), a fundamentação da Corte “parecia sugerir” a obrigatoriedade constitucional da *Fairness Doctrine*. De qualquer modo, o direito a ser informado por fontes plurais foi expressamente mencionado no acórdão: “O crucial aqui é o direito do público de ter adequado acesso a ideias e experiências sociais, políticas, estéticas, morais e outras. Tal direito não pode ser constitucionalmente limitado nem pelo Congresso nem pela FCC.”

como veiculador apenas de direitos de defesa, o TCF extraiu normas garantidoras de:

- (i) direitos de proteção da liberdade de expressão pelo Estado, em face do uso, por particulares, de meios de pressão econômicos para silenciar alguém (*Blinkfuer*, BVerfGE 25, 256);
- (ii) direitos do público de obter informações abrangentes e verdadeiras (3. *Rundfunkentscheidung*, BVerfGE 57, 295);
- (iii) direitos à prestação, com alcance em todo o território nacional, de serviços básicos de radiodifusão por emissoras estatais, considerados essenciais para o regime democrático e a vida cultural do povo (4. *Rundfunkentscheidung*, BVerfGE 73, 118; 5. *Rundfunkentscheidung*, BVerfGE 74, 297; 6. *Rundfunkentscheidung*, BVerfGE 83, 238);
- (iv) direitos à edição de normas de organização e procedimento que assegurem aos diversos grupos políticos, ideológicos e sociais a participação nos órgãos de controle dos meios de radiodifusão públicos ou privados, bem como vinculem as emissoras aos princípios do equilíbrio, da objetividade e do respeito mútuo na determinação do conteúdo da programação (3. *Rundfunkentscheidung*, BVerfGE 57, 295; 4. *Rundfunkentscheidung*, BVerfGE 73, 118);
- (v) direitos à adoção de medidas estatais com o objetivo de conter “a influência fortemente desproporcional de alguns produtores ou canais sobre a formação da opinião pública” (4. *Rundfunkentscheidung*, BVerfGE 73, 118).

Com exceção do primeiro caso citado, que se reporta diretamente à liberdade de expressão e a um direito de proteção correspondente, todos os demais encontram fundamento nas liberdades de formação da opinião e de informação do indivíduo (ALEXY, 2008, p. 496). E os direitos reconhecidos têm um caráter instrumental em relação a tais liberdades. Como assinalou o TCF (5. *Rundfunkentscheidung*, BVerfGE 74, 297):

A formação da opinião somente pode ser de fato livre na medida em que a radiodifusão, de sua parte, informe o público de modo livre, abrangente e verdadeiro, tendo em vista a tremenda importância dessa forma de comunicação. Entre as modernas necessidades da comunicação de massa, portanto, a proteção da função comunicativa da radiodifusão como um direito básico é pré-requisito essencial para que seja alcançado o objetivo normativo do art. 5º, I, da Lei Fundamental. Uma concepção do segundo parágrafo desse dispositivo que não fosse além da mera prevenção contra a influência estatal, deixando a radiodifusão ser moldada por outras forças sociais, não faria justiça ao caráter funcional dessa liberdade. Certamente, o direito fundamental da liberdade de radiodifusão oferece primariamente uma proteção contra a ação do Estado. Entretanto, o direito requer também uma ordem positiva assecuratória de que a radiodifusão não será abandonada ao controle de grupos sociais específicos, mais do que ao Estado; requer que ela registre e transmita a diversidade de tópicos e opiniões que desempenham um papel na sociedade como um todo. Esse propósito demanda normas materiais, organizacionais e procedimentais dirigidas a regular a tarefa

da radiodifusão e adequadas a produzir os efeitos que o art. 5º, I, da Lei Fundamental procura, em sua inteireza, garantir.

O TCF enfatiza, pois, o aspecto funcional da liberdade de radiodifusão, como uma liberdade que serve (*dienende Freiheit*) a formação individual e coletiva da opinião, de que depende o bom funcionamento do regime democrático.

O tratamento dado ao tema pela jurisprudência constitucional italiana não é diferente. O art. 21 da Constituição de 1947, que prevê a liberdade de expressão, é um dos dispositivos sobre os quais a Corte Constitucional mais produziu decisões. Redigido em termos abertos, o preceito garante a todos “o direito de manifestar o próprio pensamento através da palavra, da escrita ou qualquer outro meio de difusão”. Particularmente ocupado em eliminar o controle estatal da imprensa instaurado pelo fascismo, o constituinte, no campo da comunicação social, deu especial atenção à mídia impressa, a seus direitos de defesa e às formas admissíveis de intervenção estatal, deixando de se referir expressamente à mídia eletrônica. No tocante ao problema das relações entre a mídia e o poder econômico, limitou-se a permitir que a lei exigisse a divulgação das fontes de financiamento de publicações periódicas.

Diante de um texto constitucional bastante sintético, boa parte do regime jurídico da comunicação social foi construído a partir da jurisprudência. Como observa Cheli (2006, p. 7):

A Corte, com o art. 21, teve diante de si uma página em branco, suscetível de ser preenchida através das técnicas de interpretação extensiva (que conduziram à aplicação da disciplina da imprensa a outros meios de comunicação), e sistemática (que possibilitou enriquecer e ponderar o princípio previsto no art. 21 com princípios expressos em outras normas, como aqueles relativos à liberdade econômica e à forma de Estado). Assim, o art. 21 pôde estar aberto a novas e imprevistas leituras, que vieram a superar os estreitos limites delineados ao momento da formulação da norma.

Mas o recurso a uma interpretação evolutiva foi favorecido também por outro fator, que podemos identificar como a “inércia da política”, isto é, a viscosidade do comportamento que o poder político, no curso da nossa história republicana, tem comumente manifestado quando se trata de enfrentar a disciplina das matérias relativas ao mundo da informação. Só a presença dessa inércia – frequentemente relacionada a entrelaçamentos não resolvidos entre os poderes econômico, informativo e político – pode, de fato, explicar eventos que não seriam compreensíveis de outro modo, tais como a aquiescência com fatos qualificados como ilegais (em particular, o uso abusivo de frequências nos anos oitenta, que foi repetidamente corrigido e tolerado) ou a adoção de reformas mais aparentes que reais, porquanto construídas essencialmente sob o signo da conservação do *status quo* (em particular, a lei do sistema televisivo, conhecida como Lei Mammi).

Desse modo, o visível ativismo do Tribunal pode ser mais bem entendido a partir da constatação da inércia do Poder Legislativo em editar normas para concretizar os princípios

constitucionais referentes à matéria. As normas aprovadas tiveram um caráter reativo a decisões da Corte Constitucional que apontavam a omissão legislativa.

Ao longo de 6 décadas, a Corte evoluiu de uma interpretação predominantemente individualista do art. 21, para uma de cunho funcionalista, ressaltando o vínculo entre a liberdade de informação e a democracia pluralista. A jurisprudência constitucional desenvolveu-se a partir de três eixos: (i) o reconhecimento da existência de um direito à informação, correspondente passivo da liberdade de informar; (ii) a identificação do pluralismo como valor fundamental subjacente ao sistema constitucional relativo à informação; (iii) a caracterização da atividade radiotelevisiva como serviço público essencial (CHELI, 2006, p. 9).

Em 1974, quando ainda vigia o monopólio estatal dos serviços de televisão, a Corte Constitucional italiana, por meio da Sentença nº 225, enunciou, a partir dos princípios da Carta de 1947, os requisitos mínimos que o legislador deveria adotar na disciplina do serviço público de radiodifusão, para o atendimento de seus fins constitucionais: (i) as regras de escolha do corpo diretivo da emissora estatal não poderiam refletir exclusiva ou predominantemente os interesses do Poder Executivo, e a estrutura da emissora deveria assegurar objetividade; (ii) os programas de notícias deveriam observar o princípio da imparcialidade e os culturais deveriam refletir a riqueza e variedade das correntes de pensamento; (iii) ao Poder Legislativo, representante institucional da comunidade nacional, deveriam ser assegurados poderes de controle sobre tal atividade; (iv) dever-se-ia exigir dos jornalistas um grau superior de objetividade e o cumprimento dos códigos de ética profissional; (v) a publicidade na radiodifusão deveria ser limitada, com o objetivo de preservar uma tradicional fonte de financiamento da imprensa; (vi) o acesso ao rádio e à televisão deveria ser aberto, na maior extensão possível e de forma imparcial, aos grupos políticos, religiosos e culturais da sociedade; (vii) dever-se-ia assegurar o direito de retificação aos indivíduos, como exigência de respeito aos direitos fundamentais. Em um cenário de prestador único dos serviços, a tarefa do legislador, na organização da radiodifusão, seria a de instituir mecanismos que garantissem o “pluralismo interno”, aquele verificado no seio do próprio órgão de comunicação.

O fim do monopólio estatal e os primeiros acenos na direção de um pluralismo externo (variedade de operadores na comunicação social) não alteraram a visão da Corte acerca da existência de direitos de natureza prestacional no âmbito da comunicação, aos quais

corresponderiam deveres do legislador. Na Sentença nº 112/1993 (GU de 31.03.1993), o Tribunal acentuou que:

[O] direito à informação deve ser determinado e qualificado com referência aos princípios fundantes da forma de Estado delineada pela Constituição, os quais requerem que a nossa democracia seja baseada em uma opinião pública livre e seja capaz de se desenvolver através da igual competição de todos na formação da vontade geral. Disso resulta o imperativo constitucional de que o direito à informação, garantido pelo art. 21, seja qualificado e caracterizado: a) pela pluralidade de fontes com acesso ao conhecimento e à informação – o que envolve, entre outras coisas, a vinculação do legislador ao dever de impedir a formação de posições dominantes e facilitar o acesso, dentro do sistema de radiodifusão, ao número máximo possível de diferentes vozes – de tal modo a que o cidadão seja capaz de fazer suas avaliações tendo presentes diferentes pontos de vista e orientações culturais contrastantes; b) pela imparcialidade e objetividade das informações transmitidas; c) pela completude, correção e continuidade da informação fornecida; d) pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à ordem pública, à moralidade e ao livre desenvolvimento psíquico e moral dos menores.

As cartas promulgadas no processo de redemocratização dos países ibéricos constitucionalizaram diversos direitos positivos de comunicação. A Constituição portuguesa de 1976 previu, em seu art. 37, n. 1, o direito a todos de “expressar e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”. O n. 4 do mesmo artigo garantiu, “em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação”.

No âmbito da comunicação social, o art. 38 da Lei Maior portuguesa reconheceu como integrantes da liberdade de imprensa não apenas as faculdades consagradas pelo Liberalismo, mas também a proteção à independência dos jornalistas, o direito desses profissionais de intervir na orientação editorial dos órgãos de comunicação social e de eleger conselhos de redação. O n. 4 do mesmo artigo incumbiu o Estado de assegurar a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante os poderes político e econômico, adotando medidas que os apoiem de forma não-discriminatória e evitem a sua concentração. Os ns. 5 e 6 do art. 38 previram a existência de um serviço público de rádio e de televisão, composto por órgãos independentes, que assegurem a oportunidade de expressão das variadas correntes de opinião existentes.

No tocante ao pluralismo, o art. 40 da Constituição portuguesa foi ainda mais específico, ao prever o direito de antena, consistente na concessão de espaços na grade de programação das emissoras públicas de radiodifusão aos partidos políticos, organizações sindicais, profissionais, representativas de atividades econômicas e outras organizações sociais de âmbito nacional,

conforme a sua relevância e representatividade. Estabeleceu, ainda, o direito de resposta e réplica política em favor dos partidos de oposição, com a duração e o relevo iguais aos do tempo de antena do governo.

A Constituição espanhola de 1978 reconheceu, em seu art. 20, 1, *d*, o direito “a comunicar ou receber livremente informação veraz por qualquer meio de difusão”. O mesmo artigo em seu n. 3, dispôs que a lei garantiria o acesso aos meios de comunicação dependentes do Estado ou de qualquer ente público “aos grupos sociais e políticos significativos, respeitando o pluralismo da sociedade”.

Ao interpretar o referido art. 20, o Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) entendeu que os direitos nele previstos não possuem natureza prestacional, mas de direitos de defesa relacionados às liberdades de comunicação (Sentença nº 86/1982, BOE de 15.01.1983). Sem embargo, o art. 9, n. 2, da Constituição Espanhola prevê o dever estatal de promover as condições para tornar reais e efetivos os direitos de liberdade e igualdade, removendo os obstáculos que impeçam ou dificultem seu gozo e facilitando a participação dos cidadãos na vida política, econômica, cultural e social. Em face desse preceito, bem como da cláusula do Estado Social (art. 1º, n. 1, da mesma Carta), o TCE concluiu existir um dever estatal de atuação positiva na esfera da comunicação, pois a liberdade dos meios de comunicação “incorpora a necessidade de os poderes públicos, além de não estorvá-la, adotarem as medidas que estimem necessárias para remover os obstáculos que o livre jogo das forças sociais poderiam lhe opor” (Sentença nº 6/1981, BOE de 14.04.1981).

Uma das formas de atuação positiva com o objetivo de assegurar a efetividade dos direitos previstos no art. 20 da Constituição Espanhola é a edição de normas que impeçam a concentração econômica na área da comunicação social. Nesse contexto, os direitos do art. 20 assumem uma posição preferente em relação à liberdade de iniciativa, justificando a intervenção estatal na radiodifusão, haja vista os obstáculos fáticos à existência de mercado de comunicação competitivo, situação que “não garante, em grau suficiente, o direito fundamental dos cidadãos de, na condição de espectadores, receber uma informação livre e pluralista através da televisão” (Sentença nº 127/1994, BOE de 31.05.1994).

Também o direito de resposta, embora não previsto expressamente na Constituição espanhola, a par de encontrar fundamento nos direitos à honra e à própria imagem (art. 18, n. 1),

representa, segundo o TCE, um dos instrumentos para garantir a livre formação da opinião pública, na medida em que proporciona que o público tenha acesso a versões contrapostas dos acontecimentos, favorecendo “o interesse coletivo na busca e recepção da verdade” protegido pelo direito fundamental de comunicar e receber livremente informação veraz (art. 20, n. 1, *d*) (Sentença nº 168/1986, BOE de 20.01.1987).

Ao interpretar o comando do art. 20, n. 3, da Lei Maior espanhola, o TCE considerou que a exigência de que seja franqueado acesso, nos meios de comunicação estatais, aos grupos sociais significativos não implica um dever estatal de manutenção de meios públicos de comunicação. A criação e manutenção de meios públicos constitui uma decisão política. O Tribunal deixou assentado esse entendimento logo nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1978, ao concluir: (i) que o art. 20 não agasalha um “direito a exigir o subsídio, com recursos públicos, a meios privados de comunicação social, nem a criação ou manutenção de meios públicos” (Sentença nº 6/1981, BOE de 14.04.1981); e que (ii) a existência de meios estatais de comunicação não é constitucionalmente exigida nem vedada, sendo este “um tema no qual cabem, dentro da Constituição, diversas opções políticas” (Sentença nº 86/1982, BOE de 15.01.1983).

Outro direito assegurado pela Constituição espanhola é a denominada cláusula de consciência, segundo a qual o profissional de comunicação pode, para preservar sua independência, rescindir o contrato de trabalho e exigir do empregador, perante o Poder Judiciário, as indenizações correspondentes às da despedida sem justa causa, sempre que ocorrer uma sensível mudança de orientação ideológica da empresa na qual trabalhe. De acordo com a jurisprudência do TCE, a cláusula de consciência constitui uma garantia de efetividade do direito de informar, em face do que se convencionou chamar de “censura interna da empresa jornalística”. Um segundo fundamento desse direito é o seu efeito positivo sobre o processo de formação da opinião pública, na medida em que contribui para pluralismo e atenua “o efeito silenciador que, por sua própria estrutura, pode produzir o mercado da comunicação” (Sentença nº 199/1999, BOE de 16.12.1999).

Conquanto, como já registrado, o TCE negue a existência de direitos a prestações no art. 20 da Constituição espanhola, não há como afastar o caráter prestacional do direito previsto no n. 1, *d*, do referido artigo – a cláusula de consciência, cuja disciplina é deixada a cargo do legislador

ordinário.²⁰ Trata-se de um direito à proteção normativa da liberdade dos profissionais de comunicação em face do poder diretivo do empregador, numa situação típica daquilo que Alexy (2008, p. 466) identifica como uma característica básica dos direitos à proteção: a “delimitação entre as posições de direitos fundamentais de diferentes titulares”.

No Brasil, a Constituição de 1988 assegurou, em seu art. 17, § 3º, em favor dos partidos políticos, o acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. Ademais, repetindo a tradição inaugurada pela Carta de 1934, previu expressamente o direito de resposta em seu art. 5º, V, determinando seja ele proporcional ao agravo. Com o objetivo de proteger o pluralismo, a Constituição, em seu art. 220, § 5º, vedou monopólios e oligopólios no setor da comunicação social. Especificamente no tocante à radiodifusão, manteve o regime de concessões, determinando, em seu art. 221, a observância, por parte das emissoras, dos seguintes princípios em sua programação: (i) preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; (ii) promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; (iii) regionalização da produção cultural, artística e jornalística; e (iv) respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Por fim, previu a existência de meios de comunicação pertencentes ao Estado, ao aludir, em seu art. 223, à complementaridade dos sistemas privado, público e estatal de radiodifusão.

Como se vê, se as constituições liberais do fim do séc. XVIII e do séc. XIX conceberam os direitos de comunicação como direitos de defesa dos indivíduos, oponíveis contra interferências estatais no processo comunicativo, o constitucionalismo do séc. XX, alicerçado em uma visão do Estado como garantidor do exercício real das liberdades, promoveu uma reinterpretação do papel do poder público, ao propugnar que o propósito liberal de uma comunicação desimpedida e sem peias não pode ser realizado, no mundo atual, sem que se assegure a fruição de direitos positivos no âmbito da comunicação.

²⁰ Não há como negar essa qualificação à cláusula de consciência, dentro do quadro conceitual desenhado por Alexy para os direitos a prestações. Sabau (2002, p. 30), vocalizando posicionamento da doutrina e jurisprudência constitucionais espanholas, distingue os direitos genuinamente prestacionais das “facetas prestacionais” dos direitos de liberdade. Segundo o autor, somente seria direito prestacional aquele cujo objeto constituiria uma prestação estatal autônoma e objetiva, sem o caráter instrumental de permitir o exercício de uma liberdade. Com isso, pretende qualificar como prestacionais apenas os direitos a prestações sociais. O problema de uma concepção como essa reside na circunstância de que também os direitos a prestações sociais possuem esse caráter instrumental. A ideia que presidiu a constitucionalização de direitos sociais não foi outra senão a de que deles dependia o gozo efetivo das liberdades por grande parte da população. Nesse sentido, eles não deixam de representar instrumentos para tornar reais as liberdades formalmente garantidas.

2. Classificação dos direitos de comunicação

2.1. As terminologias adotadas na doutrina

As mais diversas expressões têm sido utilizadas para designar os direitos fundamentais relacionados à comunicação: liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, direito de informar, direito de ser informado, entre outras. Diferentes também têm sido as tentativas de sistematizar tais categorias. Consoante observa Machado (2002, p. 371), a existência de um grande número de direitos associados ao processo comunicativo torna necessária a construção dogmática de um superconceito a englobá-los, por ele denominado liberdade de expressão em sentido amplo (ou liberdade de comunicação).

Farias (2004, p. 54) utiliza a expressão “liberdade de expressão e comunicação” para designar um complexo de direitos, liberdades e garantias fundamentais, consistentes: “na faculdade de manifestar livremente seus pensamentos, ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão (liberdade de expressão), bem como na faculdade de comunicar ou receber informações verdadeiras, sem impedimentos nem discriminações (liberdade de comunicação)”. Assim, a liberdade de expressão abrangeria todo o conjunto de direitos e liberdades vinculados à manifestação de ideias, opiniões, juízos de valor, ao passo que a liberdade de comunicação se referiria à divulgação de fatos e notícias. O uso da locução “liberdade de informação” seria, segundo o autor, equivocado, por confundir o ato de comunicar com aquilo que constitui o seu conteúdo. A distinção entre liberdade de expressão e liberdade de comunicação se justificaria em razão das diferenças de tratamento jurídico no tocante às responsabilidades por abusos no exercício desses direitos: fatos estão sujeitos à prova de veracidade, não ocorrendo o mesmo com juízos de valor.²¹

Duas observações podem ser feitas quanto a essa classificação. A primeira se refere ao alcance que se deve dar ao termo liberdade. Como ressaltado no capítulo anterior, a se adotar o conceito estrito de liberdade como dupla permissão, proposto por Alexy, as categorias mencionadas por Farias somente poderiam ser compreendidas como liberdades na acepção de liberdades protegidas, à qual o jurista alemão alude. Ainda assim, esse conceito seria insuficiente

²¹ Cremades (1995, p. 63), com base na Constituição Espanhola de 1978, formula classificação semelhante, distinguindo, segundo os mesmos critérios, liberdade de expressão e liberdade de informação (chamada de liberdade de comunicação por Farias).

para englobar todos os direitos relacionados por Farias, como os de caráter positivo, de que é exemplo o direito de acesso aos meios de comunicação. Tal direito não pode ser confundido com uma liberdade, mesmo uma liberdade protegida.²² Desse modo, em lugar de liberdades de expressão e comunicação, afigura-se mais adequado falar de direitos à expressão e à comunicação.

A segunda observação diz respeito ao critério distintivo utilizado, baseado no conteúdo transmitido. O termo comunicação não possui vínculo exclusivo com a ideia de transmissão de notícias. Comunicados podem ser juízos de valor, impressões, opiniões, tanto quanto notícias. Existe justificativa para a distinção, tendo em vista o tratamento jurídico diverso dado à divulgação de fatos e de juízos de valor. Entretanto, melhor teria sido falar em liberdade de comunicação de fatos e de comunicação de opiniões. De resto, conforme já indicado, essa classificação é formulada a partir do conteúdo da transmissão e não com base em diferenças dos objetos dos direitos fundamentais (abstenção ou prestação estatal).

Ferreira (1997, p. 167) se vale de critério diverso para distinguir o que denomina direitos à informação e à comunicação. Segundo esse autor, o direito à informação abrangeria as faculdades de colher e receber informações, entendidas essas de uma forma ampla, incluindo notícias e opiniões ou juízos de valor. Já o direito à comunicação, além das faculdades de colher, receber, incluiria também a de comunicar, de transmitir aquilo que foi colhido ou recebido.

Sobre a classificação de Ferreira, vale a crítica de Farias no sentido de que o direito se destina a proteger e tornar possível o ato de comunicar (ou, visto pelos olhos do destinatário, o ato de receber) a informação, o que torna impróprio, ou pelo menos ambíguo, designá-lo direito à informação.²³ Ademais, tal classificação não leva em conta a diferença sensível de objeto entre os direitos a abstenções e os direitos a prestações estatais, à qual alude a teoria estrutural dos direitos fundamentais. Com efeito, conquanto titularizados por um mesmo sujeito e atinentes a uma mesma conduta sua, são bastante distintos, para citar um exemplo, os direitos a que o Estado não impeça a divulgação de algum ideário político e a que o Estado assegure o acesso aos meios de comunicação à corrente política que o propaga.

²² Cf.: Capítulo I, Seção 2, deste trabalho.

²³ O termo “informação” permite esse tipo de ambiguidade, podendo consistir tanto “nos dados ou conhecimentos obtidos por intermédio de uma actividade de investigação, como na comunicação ou transmissão desses dados ou conhecimentos” (GONÇALVES, 2003, p. 19).

Xifra-Heras (1973, p. 282) formula uma classificação binária, igualmente baseada na pessoa do titular do direito. Conforme esse autor, o direito à informação abrange a liberdade de imprensa ou expressão, titularizada pelo emissor da mensagem, e o direito à informação *stricto sensu*, titularizado pelo receptor. O primeiro direito constituiria uma liberdade clássica reconhecida pelo Liberalismo e que implicaria uma abstenção estatal, ao passo que o segundo teria caráter positivo, no sentido de implicar ações estatais concretizadoras.

É incorreto supor que os direitos relacionados à liberdade de expressão demandem uma simples abstenção por parte do Estado. Tal liberdade exige muitas vezes, para ser exercida, condutas estatais positivas. Um exemplo clássico é a defesa do orador perante um auditório hostil (SUNSTEIN, 2009, p. 273). Outro exemplo é o direito de acesso aos meios de comunicação. No lado do receptor, existem, igualmente, direitos negativos e positivos. Cabe ao Estado não apenas criar condições para que o indivíduo receba informações²⁴, mas também abster-se de interferir nas suas escolhas de fontes de informação.

Jean Rivero é enfático ao assinalar a existência de obrigações estatais positivas no âmbito da comunicação. O autor denomina liberdade de comunicação a “liberdade de emitir e de receber informações ou ideias por meio de uma mídia, seja ela qual for”, liberdade essa que (RIVERO, 2006, p. 552-3):

[I]ncumbe o Estado não só de uma obrigação de abstenção evidente: a de não entravar a liberdade de difundir e de receber informações, mas também de uma obrigação positiva, a de assegurar a livre circulação delas. Essa obrigação de ação não é excepcional, mas é, no caso da liberdade de comunicação, particularmente coercitiva. O juiz constitucional considera, de fato, que tal liberdade só pode ser efetiva na medida em que o público destinatário tem condições de dispor de uma verdadeira liberdade de escolha. Noutras palavras: sem o respeito ao pluralismo, alçado pelo Conselho [Constitucional] à categoria de objetivo de valor constitucional e de “condição de democracia”, a liberdade de comunicação não tem o menor sentido. Esse imperativo se traduz concretamente de duas maneiras: de um lado, pela proibição das concentrações excessivas de empresas, do outro, pela segurança da preservação da diversidade dos pontos de vista expressos.

Como já mencionado, o que Rivero denomina “liberdade” constitui, de acordo com a classificação de Alexy, um complexo de direitos a algo, de direitos de comunicação.

López (1987, p. 18) chama de liberdade de expressão “o direito a difundir publicamente, por qualquer meio e perante qualquer auditório, qualquer conteúdo de caráter simbólico”. Já a

²⁴ Não é pensável a comunicação massiva por radiodifusão sem um arcabouço jurídico que a regule, inclusive em razão das limitações do espectro eletromagnético, o que torna necessário o estabelecimento de critérios para a distribuição de frequências ao universo de interessados.

liberdade de informação consistiria, segundo esse autor, em um complexo de direitos relacionados ao processo de comunicação massiva e titularizados tanto pelo emissor quanto pelo receptor de mensagens. O emissor gozaria de uma liberdade de informação *stricto sensu*, entendida como subespécie da liberdade de expressão, aplicável aos meios de comunicação. O receptor, de seu turno, disporia de um direito à informação, ou seja, o direito de ser suficientemente informado, o que constituiria mesmo o fim justificador da liberdade de informação *stricto sensu*.

A classificação de López tem o mérito de destacar as peculiaridades de que se reveste o exercício da liberdade de expressão no âmbito da comunicação de massas. Com efeito, a divulgação de notícias por um meio de comunicação constitui exercício de tal liberdade tanto quanto a palestra proferida por um professor, a execução de peça musical para um auditório ou a realização de um culto religioso. Entretanto, a comunicação social apresenta características próprias que justificam sua submissão a um regime jurídico diferenciado. Ela se dá de forma pública e unilateral, com a utilização de meios técnicos de difusão, para um público disperso ou indeterminado (LOPEZ, 1987, p. 26). Isso lhe confere a capacidade de influenciar um número de pessoas que outras formas de expressão não possuem.

Sobre a vinculação do termo “liberdade” ao emissor da mensagem e do termo “direito” ao receptor, são válidas as observações feitas quanto às classificações de Farias e Xifra-Heras.

A classificação de Ekmekdjian (1996, p. 30) guarda maior proximidade com a feita por Alexy para os direitos fundamentais, ao segmentar os direitos de comunicação, reunidos sob a denominação de direitos à informação, segundo critérios positivos e negativos. À semelhança de Xifra-Heras, o autor divide tais direitos conforme a conduta do titular: ativa ou passiva. A primeira classe abrange os direitos a informar, que podem ser de dois tipos: o direito à expressão pública de ideias e opiniões e o direito à transmissão pública de notícias. Ekmekdjian reconhece, contudo, duas dimensões em tais direitos: a negativa, consistente na proibição da censura, e a positiva, consistente no acesso aos meios de comunicação social e às fontes de informação. Já a segunda classe reúne os direitos a ser informado, também com uma dimensão negativa, traduzida na proteção da confidencialidade das fontes de informação, e uma positiva, consistente no livre acesso às fontes de informação. Ekmekdjian agrega, ainda, outras duas classes: a dos direitos a questionar e discutir publicamente a informação recebida e a dos direitos à proteção contra a

informação disfuncional e abusiva.

Relativamente a esse esquema classificatório, pode-se vislumbrar, de início, a desnecessidade das últimas duas categorias, por serem reconduzíveis às anteriores. O direito a questionar e discutir publicamente uma informação outra coisa não é senão o direito à expressão pública de ideias e opiniões. Já o direito à proteção contra a informação disfuncional e abusiva, quando equivalente ao direito de resposta ou retificação, constitui uma forma do direito de acesso aos meios de comunicação. Se entendido como um direito a obstar a divulgação de notícias falsas e opiniões injuriosas, ou a punir tal prática, não poderá consistir em um direito à comunicação, antes representará um limite a esse direito, estabelecido para preservar outros bens constitucionalmente protegidos.

Quanto ao uso da expressão “direito à informação”, cumpre reiterar que os direitos de comunicação não têm em mira diretamente a informação, mas os atos de transmitir e receber notícias, ideias e opiniões.

Outro ponto que merece comentários é a divisão realizada com base na postura ativa ou passiva do titular do direito. De fato, faz sentido dizer que, no processo comunicativo, o transmissor é agente e o receptor paciente. Entretanto, vista a situação de um ângulo mais aberto e que envolva outros sujeitos, não se pode concluir que quem recebe a informação tenha uma conduta exclusivamente passiva. Ao contrário, o só fato de poder escolher de quais fontes obterá a informação, ou mesmo se deseja receber alguma informação, indica uma postura ativa por parte do destinatário.

A classificação de Ekmekdjian guarda relação com os critérios utilizados por Alexy quando se refere aos perfis negativo e positivo dos direitos de informar e ser informado. Na verdade, como examinado no capítulo anterior, não se trata de aspectos ou dimensões de um mesmo direito, mas sim de direitos diversos. Assim, pode-se falar em direitos a abstenções e a prestações estatais de que são titulares tanto o transmissor quanto o receptor de mensagens. Há, pois, um direito a que o Estado abstenha-se de impedir a livre manifestação de pensamento e divulgação de fatos, comumente garantido por normas constitucionais proibitivas da censura. Sem embargo e como referido anteriormente, há também um direito a que o Estado se abstenha de impedir o receptor da mensagem de escolher os veículos e fontes por meio dos quais obterá informações.

No plano prestacional, algo parecido pode ser dito. Há uma série de direitos a que o Estado forneça condições para que as pessoas possam se comunicar (transmitir e receber mensagens) livremente: direitos à proteção contra condutas impeditivas de terceiros, direitos à organização de um sistema de comunicação de massa, direitos de acesso aos meios de comunicação, entre outros.

Em face das questões terminológicas apresentadas *supra*, a expressão que se revela mais adequada para reunir em um conceito toda a gama de direitos fundamentais relacionados à livre manifestação de ideias e divulgação de informações parece ser “direitos de comunicação”. A opção por “direitos” em lugar de “liberdades” é óbvia: consoante já mencionado, os direitos fundamentais são sempre direitos a algo, mais especificamente a uma determinada conduta negativa ou positiva por parte do sujeito obrigado. Sob essa perspectiva, afigura-se inadequado falar da liberdade de expressão como um direito. Há, sim, diversos direitos cuja finalidade é assegurar o exercício de tal liberdade. Ainda que se tome o termo “liberdade” no sentido de “liberdade garantida”, que incorpora um direito de defesa, essa última expressão deixa de fora todos os direitos de natureza prestacional.

Já o termo “comunicação” retrata a dimensão processual do objeto juridicamente protegido. Refere-se, portanto, ao fenômeno da comunicação, independentemente do conteúdo envolvido e podendo abranger tanto a perspectiva do transmissor quanto do receptor da mensagem. Ademais, “comunicação” remete usualmente a uma realidade mais restrita do que a evocada pelo termo “expressão” e sob um enfoque mais ajustado aos direitos objeto deste estudo. Uma realidade mais restrita porque a comunicação pressupõe o intento de transmitir mensagens que serão captadas e compreendidas pelo receptor.²⁵ Já a expressão não necessariamente possui essas características.

Não bastassem tais razões conceituais, o próprio Direito Constitucional positivo brasileiro singulariza a comunicação em meio a outras modalidades de expressão. Prevista no inciso IV do art. 5º da Constituição de 1988, a liberdade de expressão é desdobrada pelo IX do mesmo artigo conforme o seu objeto, a saber: as atividades intelectual, artística, científica e de comunicação. Demais disso, o inciso VI do art. 5º prevê a liberdade de expressão religiosa. No tocante ao ensino, o art. 206, II, da Lei Maior assegura a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar

²⁵ Nem todo ato expressivo é consciente ou fruto da vontade. Mesmo aqueles que o são não necessariamente têm por objetivo ou logram transmitir uma mensagem captável por outrem (XIFRA-HERAS, 1975, p. 7).

o pensamento, a arte e o saber. Por fim, a comunicação social mereceu capítulo próprio no texto constitucional (arts. 220 a 224), no qual é reafirmada a liberdade de manifestação de pensamento e, mais especificamente, a liberdade de informação jornalística. Com efeito, as liberdades expressivas têm características muito distintas entre si. Não obstante uma apresentação teatral, uma conferência, uma cerimônia religiosa e a transmissão de um programa de televisão sejam todas manifestações da liberdade de expressão, cada qual se reveste de peculiaridades a justificá-lhes um tratamento diferenciado.

O processo comunicativo pode ser interpessoal ou social. A comunicação social diferencia-se da interpessoal pelo caráter coletivo ou plural do receptor da mensagem, por ser mais estereotipada e mais dotada de elementos objetivamente significantes, bem como pelo maior distanciamento entre emissor e receptor (XIFRA-HERAS, 1975, p. 12). Pode ser entendida como a atividade realizada através dos meios de comunicação. É a partir desse sentido mais estrito que serão examinados, neste trabalho, os direitos fundamentais de comunicação, ou seja, como direitos a abstenções e a prestações estatais no âmbito da comunicação social.

2.2. Proposta de classificação

Seguindo-se a divisão básica preconizada por Alexy para as posições jurídicas fundamentais, os direitos de comunicação podem, ser de dois tipos: direitos comunicacionais de defesa e direitos a prestações no âmbito da comunicação. No primeiro grupo se enquadram os direitos clássicos a abstenções estatais, ao não-embaraço a ações de transmissão e recepção de mensagens. Os exemplos mais palpáveis de medidas que embaraçam a comunicação são a censura em razão do conteúdo e a violação do sigilo da fonte.²⁶ Sem embargo, há diversas outras formas de intervenção estatal no processo comunicativo violadoras dos direitos de defesa. Uma delas é o estabelecimento de requisitos desarrazoados para o exercício da atividade jornalística ou para a constituição e funcionamento de empresa de comunicação. Outra é a imposição de ônus desproporcionais sobre a atividade, como a aplicação de um regime tributário draconiano relativamente aos insumos utilizados pelo setor. Um terceiro exemplo é o impedimento ao acesso, pelos profissionais de comunicação, a fontes de informação e a dados cujo sigilo não seja

²⁶ A violação do sigilo da fonte constitui uma ofensa tanto à liberdade do profissional de comunicar (que, nesse ponto, pressupõe a liberdade de calar-se), como ao direito do público de ser informado, na medida em que determinadas informações somente são obtidas sob o compromisso do sigilo da fonte. Constitui, igualmente, e pela mesma razão anteriormente indicada, ofensa ao direito do jornalista de acesso à fonte.

protegido constitucionalmente. Em qualquer dos casos, o direito se dirige contra uma conduta comissiva do Estado com efeitos obstativos ou perturbadores da liberdade de comunicação.

De seu turno, os direitos prestacionais no âmbito da comunicação podem, de acordo com a classificação proposta neste trabalho²⁷, referir-se a prestações de meio ou de resultado. A seguir, serão apresentados, sem pretensões exaustivas, alguns exemplos de direitos prestacionais com *status* constitucional, extraídos do Direito Comparado.

Os direitos comunicacionais a prestações de meio dividem-se em direitos a normas de proteção e direitos à organização e ao procedimento. No primeiro caso, encontram-se todas as normas, de natureza penal ou não, que se destinam a proteger, contra intervenções de terceiros, as condutas de transmitir e receber mensagens, no âmbito da comunicação social. Um exemplo desse tipo de norma é aquela que veda o abuso de posição no mercado para impedir o livre fluxo de informações. A decisão do TCF alemão no caso *Blinkfüer* (BVerfGE 256, 25) é bastante ilustrativa do direito a normas de proteção.

Em *Blinkfüer*, o TCF entendeu violadora da liberdade de expressão de uma revista de orientação comunista, bem como da liberdade de informação do público, campanha promovida por importantes editoras, a qual conclamava os donos de bancas de jornal a boicotarem a distribuição daquele semanário, sob pena de, assim não o fazendo, as empresas não mais comercializarem os seus próprios produtos nesses postos de venda. O caso havia chegado ao Tribunal em razão de recurso apresentado pelo editor-chefe da revista *Blinkfüer*, contra decisão do Superior Tribunal Federal de Justiça que afastara a aplicação, às editoras, de disposições da lei civil relativas à indenização por ato ilícito, por considerar terem elas exercido legitimamente sua liberdade de expressão. No julgamento do recurso, o TCF assinalou:

A liberdade de debate intelectual é uma condição essencial para o funcionamento da democracia livre, já que somente ele pode garantir uma discussão pública sobre matérias de interesse geral e de importância política nacional. O exercício de pressão econômica que leva a severos prejuízos para os implicados e persegue o objetivo de impedir a livre disseminação de opiniões e informações, garantida constitucionalmente, atenta contra a igualdade de oportunidades no processo de formação da opinião. Ademais, ele se opõe ao significado e à essência do direito fundamental à livre expressão da opinião, que se destina a garantir o choque intelectual de opiniões. [...]

As liberdades de opinião e de imprensa procuram proteger a atividade intelectual livre e o processo de formação da opinião em uma democracia livre. Elas não se prestam a garantir interesses econômicos. Para se proteger a instituição da imprensa livre, a independência de seus órgãos deve ser assegurada contra a interferência na modelagem e disseminação de produtos de

²⁷ Cf. Capítulo I, Seção 4.3, deste trabalho.

imprensa, por meios inapropriados, de grupos economicamente poderosos. O objeto da liberdade de imprensa, que é facilitar e garantir a formação de uma opinião pública livre, requer, portanto, a proteção da imprensa contra tentativas de eliminar a competição entre opiniões por instrumentos de pressão econômica.

Da leitura da decisão, é possível extrair a conclusão de que, no entender do Tribunal, revela-se constitucionalmente exigível a existência de normas de proteção das liberdades de expressão e informação contra práticas que constituam abuso do poder econômico. No caso específico, aplicou-se a legislação sobre responsabilidade civil.

Um segundo exemplo de direito a norma de proteção é o de que cuida o art. 20, 1, *d*, da Constituição espanhola, que dispõe sobre a edição de lei para regular a cláusula de consciência. Mediante a invocação da cláusula de consciência, o jornalista pode pleitear a rescisão do contrato de trabalho, com os efeitos de uma dispensa sem justa causa (com direito a uma indenização, portanto), sempre que haja uma mudança sensível na orientação ideológica ou linha informativa da empresa de comunicação para a qual trabalha, mudança essa incompatível com os princípios morais do profissional. Sobre esse direito, discorre Cremades (1996, p. 111-2):

A cláusula de consciência, além de seu caráter de direito individual, afirma-se como garantia constitucional do livre e efetivo exercício do direito à informação em seu conjunto. Nessa linha, como afirmam Desantes e Soria, a contratação de um jornalista para que desenvolva tarefas informativas não o coloca a serviço da empresa, mas a serviço do direito à informação na empresa informativa, com a qual compartilha, desde perspectivas diferentes, o dever de informar. [...]

Qualquer trava ou impedimento que a direção ou o proprietário de um meio de comunicação imponha à atividade criativa que é o jornalismo e que force a visão das coisas que o jornalista recebe do mundo na hora de transmiti-la, implica uma clara vulneração, quando o informador se oponha a isso, por razão de consciência e dignidade. Neste sentido, o empresário remunera as competências do informador, mas não as compra. [...] A Constituição Espanhola vela pela liberdade de opinião pessoal do informador, complemento de sua liberdade de informação ativa e fundamento do direito público subjetivo a receber informações verazes. Sua tarefa de informar requer liberdade e independência.

A despeito do mandato dirigido ao legislador, foram necessários quase 20 anos para que se aprovasse a lei exigida pelo art. 20 da Constituição espanhola. A Lei Orgânica nº 2, de 1997, estabeleceu que a cláusula de consciência se destina a garantir a independência do jornalista no exercício de sua profissão, assegurando o direito de solicitar a rescisão do contrato de trabalho, com indenização, no caso de mudança substancial de orientação informativa ou linha ideológica da empresa na qual trabalha. Prevê, ainda, o direito dos profissionais de comunicação de se recusarem, motivadamente, a participar da elaboração de matérias contrárias aos princípios éticos da comunicação. Trata-se, sem dúvida, de um direito de proteção da liberdade comunicativa do

jornalista, que não pode ser obrigado, por exemplo, a expressar opiniões com as quais não concorda.

Outra categoria de direitos a prestações de meio é a que reúne os direitos à organização e ao procedimento. São direitos à criação e interpretação das normas organizatórias e procedimentais necessárias para o exercício de um direito fundamental material. Tanto os direitos à proteção material quanto os direitos a prestações *stricto sensu* e os próprios direitos de defesa necessitam, em grande parte dos casos, da existência estruturas e normas procedimentais para serem exercidos. É exatamente isso que ocorre na radiodifusão. Para que a comunicação por radiodifusão seja viável, é necessária a existência de regras de utilização do espectro eletromagnético, que prevejam critérios de alocação das frequências a determinados usuários, para evitar o caos resultante da ausência de regulação. A forma de alocação e o conjunto de exigências feitas aos detentores das licenças de utilização são decisivas na determinação do grau de pluralismo na radiodifusão. Também o são as normas que têm por finalidade impedir a concentração de propriedade dos meios de comunicação.

Na Alemanha, o TCF reconheceu, em diversas decisões, que o art. 5º da Lei Fundamental impõe ao Estado a tarefa, tanto em relação à imprensa quanto à radiodifusão, de combater o poder dominante sobre a opinião pública que pode resultar da concentração econômica no mercado de comunicação. Na decisão do caso *Spiegel* (BVerfGE 20, 162), de 1966, o Tribunal aludiu a um dever estatal de “repelir as ameaças a uma imprensa livre que poderiam advir da formação de monopólios de opinião”. Já na *3. Rundfunkentscheidung* (BVerfGE 57, 295), de 1981, ao admitir a constitucionalidade do sistema dual de radiodifusão (ou seja, operado por emissoras públicas e privadas), atentou para a necessidade de “dispositivos legais que garantam, dentro do modelo de regulação adotado, que a radiodifusão não seja entregue a um ou a poucos grupos sociais, e que as forças sociais representativas tenham acesso à palavra, considerando-se a programação como um todo.”

O quanto esse dever estatal de assegurar o pluralismo na mídia pode justificar a conclusão pela existência de um direito fundamental prestacional é objeto de discussão na doutrina alemã. Sob uma perspectiva estrutural, pode-se dizer que todo dever relacionado a um direito subjetivo é

também um dever objetivo.²⁸ Já a recíproca não é necessariamente verdadeira, o que dá ensejo à discussão sobre uma natureza puramente objetiva do dever estatal reconhecido pelo TCF. A Lei Fundamental não contém dispositivo que explicitamente vede o surgimento de monopólios ou oligopólios comunicativos. O dever estatal é, na visão do TCF, uma decorrência das liberdades de informação dos indivíduos e de formação da opinião. Tem, portanto, um caráter instrumental em relação a tais liberdades. Sobre a questão, sustentando a existência de um direito subjetivo à organização e ao procedimento no âmbito da radiodifusão, Alexy (2008, p. 494-7) aduz:

Como a liberdade constitucional é, em sua essência, uma liberdade negativa, o conceito de liberdade instrumental não pode ser retirado de seu contexto, no âmbito do qual sua aplicação faz sentido. Esse contexto se faz presente quando se entende “liberdade de radiodifusão” como uma situação de liberdade em face do Estado e de pluralismo, e quando essa situação é vista como um meio a serviço da finalidade de “liberdade na formação da opinião”. Tudo isso teria muito pouco a ver com uma ênfase do subjetivo se “liberdade na formação da opinião” significasse exclusivamente um processo objetivo. Mas o tribunal deixa claro que não é esse o caso. Ele não fala de uma ‘livre formação da opinião pública’, mas de uma “livre formação das opiniões individual e pública”. [...]

Fundamentar o dever estatal por meio desses argumentos – dentre outros – significa que a ele correspondem direitos subjetivos? A “pretensão, decorrente da liberdade de informação, a uma informação abrangente e conforme à verdade”, à qual o tribunal faz menção, inclui um direito do cidadão, contra o Estado, a que este organize a radiodifusão de uma tal forma que predominem a liberdade em relação ao controle estatal e o pluralismo, um direito que não precisa ser tão abrangente quanto o dever, já que o dever pode ainda ser sustentado por outras razões (subjetivas e/ou objetivas), mas que seja exigível judicialmente? As opiniões divergem. Assim, contra um “direito de ação em matéria de pluralismo”, Bethge levanta a objeção da ação popular. Um tal direito de ação colocaria o indivíduo na posição de um “funcionário da ordem jurídica objetiva”. Rupp, por sua vez, considera no mínimo possível “que o art. 5º, § 1º, 2, da Constituição alemã confira, a qualquer um, um direito a uma organização do monopólio da informação que garanta a liberdade”, porque “uma organização constitucionalmente consistente da radiodifusão não serve apenas ao interesse geral, mas primariamente ao interesse de todos os indivíduos”. Já Starck sustenta um direito do cidadão, exigível judicialmente, “a uma organização da radiodifusão e a um procedimento para a composição de seus órgãos diretores que garanta uma programação equilibrada”. [...]

Se se leva a sério a tese de que os direitos fundamentais são, em primeira instância, direitos subjetivos, não é possível escapar de uma segunda tese: se uma liberdade individual é protegida pelos direitos fundamentais, então, essa proteção tem em princípio, a forma de um direito subjetivo. Mas isso significa que, em princípio, ao dever de organização do Estado correspondem direitos individuais na extensão em que a organização é obrigatória ao Estado, porque a proteção da liberdade dos indivíduos assim exige. Por isso, na medida em que uma organização da radiodifusão livre do controle estatal e pluralista é requerida pela liberdade de formação da opinião e pela liberdade de informação dos indivíduos, o Estado não está sujeito apenas a um dever objetivo; a esse dever corresponde um direito subjetivo dos indivíduos afetados. Mas, se existem direitos subjetivos, então a objeção da ação popular deixa de ser procedente. O demandante individual não age como funcionário da ordem jurídica objetiva, mas com o intuito de fazer valer seus direitos.

²⁸ Assim, se é válido que o sujeito x seja obrigado, em face de y , a realizar uma ação z , também é necessariamente válida a sentença sem a referência ao titular do direito subjetivo (z). Ou seja, da primeira sentença decorre que x seja obrigado a realizar uma ação z (dimensão puramente objetiva do dever).

Há, portanto, fundadas razões para se concluir pela existência de um direito a prestações estatais no âmbito da comunicação, consistentes em medidas que garantam o pluralismo na mídia, em ordenamentos constitucionais que protegem as liberdades de informação dos indivíduos e de formação de sua opinião.

Dado o seu caráter instrumental, os direitos à organização e ao procedimento sempre pressupõem direitos materiais aos quais servem, que são, no caso da radiodifusão, os direitos de acesso aos meios de comunicação, de acesso a fontes plurais de informação e de livre formação da opinião dos indivíduos. Tais direitos pressupõem a organização dos meios de comunicação em bases pluralistas e com independência em face do Estado. Disso resultam, por exemplo, direitos como os de edição de leis que disciplinem a participação de grupos sociais nos órgãos diretores de emissoras governamentais e os requisitos e procedimentos para o exercício do direito de resposta.

A Constituição portuguesa, em diversos dispositivos, prevê direitos à organização e ao procedimento. Seus arts. 38, n. 5 e 6, e 40 dispõem sobre a manutenção, pelo Estado, de um serviço público de rádio e de televisão, cuja estrutura e funcionamento assegurem a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião, cabendo ao legislador fixar os critérios e condições de acesso a esse serviço pelos partidos políticos, organizações sindicais, profissionais e representativas de atividades econômicas, bem como outras organizações sociais de âmbito nacional. Tais preceitos contemplam, portanto, um direito à organização de veículos de comunicação estatais e a procedimentos dirigidos a proporcionar o exercício da liberdade de expressão pelos indivíduos e grupos sociais representativos, bem assim a concretização do direito ao recebimento de informações e opiniões de fontes variadas.

Já os arts. 38, n. 4, e 39 da Carta lusitana estabelecem que o Estado zelará pela liberdade e independência dos órgãos de comunicação social em face do poder econômico, impedindo a sua concentração, especialmente na forma de participações múltiplas ou cruzadas, cabendo a uma entidade administrativa independente, criada por lei, promover tais objetivos. Esses comandos constitucionais consagram o direito à criação de um ente administrativo, bem como de regras e procedimentos destinados à obtenção do resultado de desconcentração da mídia. Servem, pois, ao propósito de concretização do direito à pluralidade de vozes na mídia.

Ainda segundo o esquema classificatório proposto neste trabalho, os direitos a prestações

de resultado podem ser de duas espécies: direitos à proteção material e direitos a prestações *stricto sensu*. Aos primeiros correspondem deveres estatais de realizar ações fáticas no sentido de proteger posições jurídicas fundamentais contra interferências de terceiros. Assim, no plano da comunicação, os direitos à proteção material são direitos a ações fáticas estatais para assegurar o cumprimento das normas de proteção do processo comunicativo ou para concretamente obstar interferências indevidas de um sujeito sobre atos comunicativos de outro. Exemplo desse tipo de direito pode ser encontrado na decisão do TCF alemão no caso *Parabolantenne* (BVerfGE 90, 27), no qual a Corte reconheceu o direito de um cidadão turco instalar antena parabólica no apartamento por ele alugado, para a recepção de canais de televisão de seu país de origem. A locadora do imóvel havia se recusado a conceder autorização para tanto, sob o argumento de que a instalação da antena afetaria a fachada do prédio, o que motivou o ajuizamento de ação pelo locatário. Sendo os direitos à proteção material direitos subjetivos constitucionais a ações estatais fáticas dirigidas a assegurar, em concreto, a exigibilidade e a realização da demarcação das esferas de liberdade dos sujeitos (ALEXY, 2008, p. 451), pode-se entender a tutela jurisdicional exercida no caso citado como o correlato obrigacional desse direito à proteção.²⁹

De seu turno, os direitos a prestações *stricto sensu* dirigem-se a suprir carências que dificultam ou impedem o exercício de liberdades e competências ou que afetam negativamente bens jurídicos do titular do direito. No caso da comunicação, poderiam ser citados como exemplos, os direitos de acesso à mídia, que se destinam a viabilizar o exercício da liberdade de expressão por pessoas e grupos sociais que, de outro modo, não lograriam obtê-lo, por razões financeiras ou outras quaisquer. Há que se distinguir o direito de acesso em si do direito à organização e ao procedimento exigido para o exercício do primeiro. O direito de acesso tem por objeto a própria prestação material, ao passo que o direito à organização e ao procedimento refere-se ao conjunto de medidas necessárias para a concretização daquele. Um se traduz em prestações de meio. O outro, em prestações de resultado. Sequer há coincidência necessária entre os sujeitos obrigados. Aos direitos à organização e ao procedimento corresponde um dever estatal

²⁹ Alexy considera o direito à tutela jurisdicional também como uma espécie de direito à organização e ao procedimento. Entretanto, como ele mesmo reconhece, “os direitos a procedimentos em sentido estrito servem especialmente à proteção de posições jurídicas existentes em face do Estado e de terceiros. Por isso, é possível tratar esses últimos também no âmbito dos direitos à proteção” (ALEXY, 2008, p. 490). Fazendo-se a separação entre direitos a prestações de meio e de resultado, é possível perceber a diferença entre direitos à proteção e direitos a procedimentos. No caso *Parabolantenne*, o direito a procedimentos existiria e teria sido satisfeito mesmo que o resultado do julgamento fosse contrário ao autor da ação. Já a satisfação do direito à proteção material consistiu na imposição, pelo Poder Judiciário, do dever de sujeição ao locador.

de editar normas. Já o direito à prestação material de acesso é exercido em face dos meios de comunicação, que podem ser públicos ou privados.³⁰

Como visto, a Constituição portuguesa prevê o direito de acesso ao serviço público de rádio e televisão por diversas entidades, direito esse que também beneficia os candidatos a cargos eletivos e é exigível em face de emissoras privadas no caso da propaganda eleitoral (art. 40, n. 3). A Carta contempla, outrossim, em favor dos partidos de oposição, um direito de resposta ou réplica às declarações políticas do Governo, a ser exercido no serviço público de radiodifusão, observada a igualdade de condições entre os dois lados (art. 40, n. 2). Por fim, uma modalidade específica de direito de acesso é o direito de resposta (art. 37, n. 4).

Outros países também asseguram direitos de acesso em nível constitucional. A Lei Maior espanhola os prevê relativamente aos meios de comunicação social estatais, em favor dos grupos sociais e políticos significativos, de modo a se respeitar o pluralismo (art. 20, n. 3).

Não obstante a inexistência de disposição semelhante na Lei Fundamental alemã, o TCF, por interpretação do preceito constitucional que assegura a liberdade de expressão e de informação (art. 5º, I), reconheceu a existência de um direito a que as diversas correntes de opinião possam se manifestar no rádio e na televisão. Mesmo admitindo a liberdade de conformação do legislador nessa matéria, o Tribunal considerou constitucionalmente exigível uma regulação capaz de assegurar que “a radiodifusão não seja entregue a um ou a poucos grupos sociais, e que as forças sociais relevantes tenham acesso à palavra, levando-se em conta a oferta total de programação” (3. *Rundfunksentscheidung*, BVerfGE 57, 295). Tais requisitos devem ser observados inclusive por emissoras privadas em um regime no qual elas coexistam com emissoras públicas, porque, “em face do equilíbrio exigido das emissoras públicas, qualquer parcialidade ou redução da diversidade no setor privado levaria necessariamente ao desequilíbrio na oferta total de transmissões, e, com isso, os objetivos previstos no art. 5º, I, não seriam alcançados (6. *Rundfunkstentscheidung*, BverfGE 83, 238).³¹

Na Suécia, a Lei Fundamental sobre liberdade de expressão, que integra a Constituição

³⁰ A circunstância de um direito fundamental prestacional ter como sujeito obrigado um particular não deve causar espanto. A Constituição brasileira oferece, em seu art. 7º, diversos exemplos de direitos sociais consistentes em prestações devidas por particulares. Nesse sentido, Sarlet (2007, p. 236).

³¹ A regulação do setor de radiodifusão é matéria de competência estadual na Alemanha. A legislação de alguns estados-membros exige a constituição, tanto em emissoras públicas quanto privadas, de conselhos de programação, com o objetivo de assegurar o pluralismo interno das empresas (HOFFMANN-RIEM, 1996, p. 131).

daquele país, estabelece, no art. 1º de seu Capítulo 3º, que a liberdade de radiodifusão não exclui a competência do Poder Legislativo de exigir dos proprietários de redes de comunicação: (i) o oferecimento de espaço, em sua grade, para programas de outros operadores ou em cuja transmissão haja interesse do público; (ii) a adoção de medidas no sentido de assegurar ao público meios de influenciar na escolha da programação.

Na França, o Conselho Constitucional, na Decisão nº 86-217 DC, de 18 de setembro de 1986 (JO de 19.09.1986), assentou:

[...] que o pluralismo de correntes de expressão sócio-cultural é, em si mesmo, um objetivo de valor constitucional; que o respeito ao pluralismo é uma condição para a democracia; que a livre comunicação de ideias e opiniões, como garantida pelo art. 11 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, não seria efetiva se ao público dos meios de comunicação audiovisual não estivessem disponíveis, tanto por parte do setor público quanto do privado, programas que assegurassem a expressão de diferentes tendências, com o respeito ao imperativo de honestidade na divulgação de informações; que o objetivo a realizar é que os ouvintes e telespectadores, integrantes da classe de destinatários essenciais da liberdade de expressão proclamada pelo art. 11 da Declaração de 1789, possam exercer sua livre escolha sem que os interesses privados ou os poderes públicos sejam capazes de substituí-la por suas próprias decisões ou transformá-los em objetos de um negócio.

Assim, a par de ser um valor constitucional objetivo, o pluralismo na comunicação de ideias e opiniões no âmbito da radiodifusão francesa possui uma face subjetiva, vinculada à liberdade de expressão proclamada pela Declaração de Direitos de 1789. As emissoras, públicas ou privadas, têm o dever de, em sua programação, assegurar a expressão de diferentes tendências de opinião. A esse dever corresponde um direito fundamental do público, reconhecido pelo Conselho Constitucional.

Os subsídios estatais são outra espécie de direito prestacional *stricto sensu*. O art. 38, n. 4, da Constituição portuguesa dispõe, por exemplo, que o Estado deve tratar e **apoiar** as empresas titulares de órgãos de informação geral de forma não-discriminatória. Esse dispositivo fundamenta a concessão de subvenções e isenções tributárias às empresas de comunicação (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 586).

Um último exemplo típico de direito a prestações materiais consiste no direito a ser informado. Em um cenário no qual toda informação fosse obtida com ônus para o indivíduo, parcelas significativas da população seriam insuficientemente providas desse recurso. Assim, o Estado é juridicamente obrigado a oferecer condições para que as pessoas sejam informadas, prestando ele mesmo os serviços respectivos, bem como criando o arcabouço normativo e as

condições materiais necessárias à prestação de tais serviços por particulares.

Na 3. *Rundfunksentscheidung*, o TCF alemão aludiu à existência de uma posição jurídica fundamental originada da liberdade de informação e consistente na pretensão, por parte dos indivíduos, ao recebimento de informações amplas e verídicas. Com isso, por interpretação do art. 5º, I, da Lei Fundamental (que alude literalmente apenas a uma “liberdade de informação”), reconheceu a existência do direito, de natureza prestacional, a ser informado.

Na 6. *Rundfunksentscheidung*, o mesmo Tribunal concluiu ser constitucionalmente exigível do Estado a prestação de serviços básicos de radiodifusão, mesmo quando estejam em operação emissoras privadas:

Se o legislador se decide por um sistema dual de radiodifusão, isso o obriga – em face do alcance ainda limitado das emissoras privadas, de sua diversidade de programação e sua capacidade – a assegurar um serviço básico para a população, mediante a garantia de requisitos técnicos, organizacionais, recursos humanos e condições financeiras para a radiodifusão pública. Cf. BverfGE 73, 118 [158]. Esse dever seria descumprido se o legislador limitasse a radiodifusão pública aos níveis atuais de desenvolvimento na programação, financiamento e tecnologia. Em lugar disso, nas presentes condições, a obrigação de oferecer um serviço básico só pode ser satisfeita em um sistema dual quando a radiodifusão pública é assegurada, não apenas nas suas atuais características, mas também em seus futuros desenvolvimentos.

A Constituição portuguesa, mais analítica em relação ao tema, prevê, em seu art. 37, n. 1, os direitos de “informar, de se informar e de ser informado”. Sobre o tema, Canotilho e Moreira (2007, p. 573) escrevem: “O direito a ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação (cfr. Arts. 38º e 39º)” A instituição de serviços estatais de comunicação social, direito prestacional à organização e ao procedimento (como referido *supra*), não tem outra razão de ser senão a de satisfazer o direito prestacional *stricto sensu* a ser informado, de uma forma adequada e com observância ao pluralismo.

Como visto, a comunicação social constitui um campo fértil para a criação de direitos prestacionais, em todas as suas modalidades. Em diversos países, tais direitos lograram obter *status* constitucional, sendo, portanto, direitos fundamentais. No capítulo seguinte, serão analisadas as principais razões teóricas para a existência e constitucionalização de tais direitos.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOS DIREITOS PRESTACIONAIS DE COMUNICAÇÃO

1. Meios de comunicação como estruturas de poder

Sociologicamente, o poder pode ser definido como uma relação entre sujeitos, por meio da qual um deles logra que o outro se comporte de um determinado modo. De forma mais resumida, o poder é uma causação social intencionada (STOPPINO, 1994, p. 935). Em termos jurídicos, o poder constitui a “capacidade que um sujeito tem de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade de outrem em uma determinada esfera ou âmbito da vida” (STEINMETZ, 2004, p. 87). Há, pois, uma implicação lógica entre as categorias “poder” e “liberdade”, no sentido de que, se A exerce poder sobre B, então B não é, nessa relação específica, livre (BOBBIO, 1987, p. 78). Bobbio adota uma classificação tripartite do poder, distinguindo entre poderes econômico, ideológico e político. Todos os três se baseiam numa distribuição desigual de recursos, a qual, em última análise, confere ao vínculo estabelecido pelos sujeitos as características de uma relação de dominação/subordinação. No poder econômico, a desigualdade refere-se à posse de bens. No ideológico, à posse de conhecimentos ou informações. No político, à dos meios de constrição física.

O poder ideológico assume a forma de manipulação quando seu detentor consegue influenciar o comportamento alheio sem que a pessoa influenciada tenha a percepção do condicionamento de sua conduta. A manipulação informativa pode ocorrer pela omissão ou distorção de informações, com consequências sobre a linha de conduta do destinatário. Pode se dar também pela completa supressão de determinados temas da pauta de discussão. Uma terceira modalidade é a veiculação incessante de determinadas informações, comprometendo a capacidade do indivíduo de analisar criticamente a realidade.

O exercício do poder ideológico é – na formulação gramsciana – o modo de alcançar a hegemonia, a supremacia pelo consenso. Para obter hegemonia, um grupo social deve ser capaz de convencer a coletividade de que é representante de interesses gerais, valendo-se, para isso, dos assim chamados aparelhos ideológicos: instituições de ensino, partidos políticos, igrejas, a comunidade científica, os meios de comunicação.

Estes últimos, ao influenciarem a opinião pública, agem muitas vezes como verdadeiros partidos políticos: pela seleção das informações a serem transmitidas e o enfoque que lhes será

dado, os meios de comunicação contribuem para a disseminação de determinadas visões de mundo (GRAMSCI, 2000, p. 218, 246). Mais que isso, são capazes de produzir consensos sobre questões de seu interesse ou do de seus anunciantes.³²

Os reflexos dessa influência sobre a formação da vontade estatal são evidentes. Os meios de comunicação produzem uma “cultura integracionista”, a qual, ainda que se pretenda apolítica, outra coisa não representa senão mais uma ideologia política. Como salientado por Habermas, a ela as plataformas dos próprios partidos políticos acabam muitas vezes se ajustando. Essa situação torna imperativa a sujeição dos meios de comunicação a exigências de natureza semelhante àquelas válidas para o poder estatal (HABERMAS, 2003, p. 244):

Mesmo o jornalismo político deve, como todas as instituições que exercem uma influência privilegiada, de modo demonstrativo ou manipulativo, na esfera pública, por sua vez estar subordinado ao mandamento democrático de ser abertamente público. Seja como for que isto se coloque juridicamente, sob o aspecto sociológico tais exigências colocam em discussão o relevante aspecto de uma democratização de organizações sociais cuja atividade se relacione com o Estado. Não só os órgãos do Estado, mas todas as instituições da imprensa atuantes na esfera pública política estão, neste caso, presas ao mandamento da “publicidade”, pois o processo da transformação do poder social em político precisa tanto de crítica e controle quanto o exercício legítimo do poder político sobre a sociedade.

O caráter público dos meios de comunicação também é acentuado por Hidalgo, para quem eles, em lugar de serem veículos de expressão dos pontos de vista de seus controladores, devem desempenhar o papel de foro de discussão da sociedade. Segundo esse autor, a fórmula de separação de poderes descrita por Montesquieu e pelos *founding fathers* dos EUA é insuficiente para assegurar, nas presentes condições, o exercício balanceado do poder e os controles recíprocos (*checks and balances*). As limitações e regulações constitucionais do poder não podem se ater ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário, mas devem abranger também o poder ideológico de influenciar o processo eleitoral (HIDALGO, 2005, p. 105):

[S]e desde uma só fonte (o controle do aparato que influencia as decisões eleitorais) se pode controlar – em parte – o modo de conformação dos poderes ou órgãos provenientes da eleição popular (o Legislativo e o Executivo), os quais, na maioria dos casos, designam o Poder Judiciário (ou na hipótese mais grave de eleição dos magistrados pelo voto popular), parece ingênua ou pouco atenta à realidade a teoria que ignora tal fonte de poder.

³² Barrón (1967, p. 1646) faz leitura diversa do papel dos meios de comunicação. Recusa a ideia de que o enviesamento da mídia decorra de um propósito deliberado de seus controladores de moldar a opinião pública de acordo com uma ideologia particular. Segundo esse autor, há razões estruturais, vinculadas à natureza comercial dos meios de comunicação, que os incentiva a evitar a exposição de ideias heterodoxas ou controversas.

Os oligopólios comunicativos e o acesso desigual aos meios de comunicação, na extensão de sua influência sobre o processo eleitoral e as decisões governamentais, viciam a própria legitimidade do sistema político, por comprometerem o caráter democrático de formação da vontade estatal. O problema não consiste na pretensão em si de influenciar a opinião pública, mas na concentração de propriedade que produz monopólios ou oligopólios comunicacionais e limita a possibilidade de expressão das variadas correntes de opinião da sociedade (HIDALGO, 2005, p. 103): “Se o voto – em uma sociedade de massas – se transforma no único (ou mais importante) modo de participação da população nas decisões políticas, tem-se a consumação da morte do ideal da soberania popular se essa expressão é, mesmo parcialmente, determinada por uma visão única.”

A constituição de grandes empresas de comunicação inverte, em certo sentido, a equação liberal que apresentava o Estado como um força onipotente, capaz de subjugar os meios de comunicação. Sob essa perspectiva, aduziu o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130 (DJ de 06.11.2009):

O poder da imprensa é hoje quase incomensurável. Se a liberdade de imprensa, como antes analisado, nasceu e se desenvolveu como um direito em face do Estado, uma garantia constitucional de proteção de esferas de liberdade individual e social contra o poder político, hodiernamente talvez a imprensa represente um poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal. É extremamente coerente, nesse sentido, a assertiva de Ossenhühl quando escreve que “hoje não são tanto os *media* que têm de defender a sua posição contra o Estado, mas, inversamente, é o Estado que tem de acautelar-se para não ser cercado, isto é, manipulado pelos *media*”.

O poder é, portanto, uma realidade que não se resume à política ou ao Estado. A fragmentação da sociedade não é – como numa idealização liberal – de tal ordem que impeça a formação de poderes privados. Assim como o Estado, eles podem constituir ameaças aos direitos fundamentais.³³

2. Meios de comunicação e eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Os movimentos constitucionalistas de fins do séc. XVIII e início do séc. XIX floresceram em um ambiente de crítica ao poder estatal. Costuma ser pouco enfatizado, contudo, o fato de os pensadores que influenciaram o constitucionalismo manifestarem igual censura aos complexos de poder privados. Teóricos contratualistas, como Locke e Montesquieu, longe de nutrirem uma

³³ A esse respeito, cf. Hesse (1998, p. 286), Queiroz (2002, p. 279), Sarlet (2007, p. 402).

hostilidade genérica contra o Estado, consideravam-no imprescindível para assegurar o bem comum e a paz social. O surgimento do Estado é justificado por esses autores exatamente como reação a características indesejáveis do estado de natureza.

O Estado surgido do contrato social teria, antes de tudo, uma função redistributiva de segurança, pela eliminação de poderes privados, que se traduziam no exercício, por particulares, de funções que vieram a ser encampadas pelo poder público (exércitos, tributação, cortes privadas, entre outras). Assim, o combate aos poderes privados está no cerne das justificações dos contratualistas para a existência do Estado (HOLMES, 1990, p. 23): “a liberdade lockeana implica o acesso universal ao poder do Estado. Os direitos lockeanos não constituem mera proteção contra interferências governamentais, antes incluem direitos explícitos a ações afirmativas estatais de proteção dos indivíduos contra injustiças provocadas por terceiros”.

A noção de que os direitos fundamentais demandam, para sua concretização, ações estatais positivas remonta ao Estado Liberal, ao menos no que diz respeito aos deveres de proteção, aos quais correspondem os respectivos direitos prestacionais. Em que pese isso, deve-se reconhecer que o séc. XIX foi dominado pela visão de que o Estado deveria ter limitados seus poderes de intervenção sobre a autonomia individual. Esse quadro foi profundamente alterado no séc. XX, com o advento do Estado Social e a dessacralização do princípio da autonomia, em favor de outros valores, considerados de igual estatura. As constituições promulgadas a partir de então, deixaram de ser documentos que regulam apenas o funcionamento do Estado e limitam seus poderes, para conter também as “bases da ordem da vida não-estatal” (HESSE, 1998, p. 38). Nesse sentido, possuem normas que vinculam os particulares.

No que concerne especificamente aos direitos fundamentais, para além de sua função como direitos subjetivos, eles constituem uma ordem de valores objetivos que impõe aos órgãos estatais, na criação e na aplicação do ordenamento jurídico infraconstitucional, as escolhas mais consonantes com ditos valores. Os direitos fundamentais têm, portanto, uma eficácia irradiante sobre o ordenamento jurídico como um todo, atingindo também as normas de Direito Privado, reguladoras das relações entre particulares. Nas sociedades modernas, onde despontam complexos privados de poder, reduzir a eficácia dos direitos fundamentais a uma proteção contra intervenções estatais limitadoras da liberdade é insuficiente para garanti-la.

Sob esse novos pressupostos, floresceu a teoria alemã da eficácia horizontal dos direitos

fundamentais (*Drittwirkung*), a qual ganhou aceitação em diversos outros países da Europa Continental e da América. De acordo com essa teoria, o respeito aos direitos fundamentais não é uma obrigação constitucionalmente exigível apenas do Estado. As normas que os preveem produzem efeitos também nas relações entre particulares, seja por estatuírem direitos que lhes são diretamente oponíveis (teoria da eficácia imediata), seja por constituírem uma ordem de valores que condiciona a atuação legislativa e a interpretação judicial das normas de Direito Privado (teoria da eficácia mediata). Em qualquer de suas vertentes, a teoria fornece amparo a pleitos pela concretização dos direitos fundamentais dirigidos contra os meios de comunicação, sobretudo em face da visível assimetria de poder entre eles e o cidadão comum e da “força quase incontestável” de que esses meios dispõem “para conformar aspectos relevantes da vida humana” (SARMENTO, 2006, p. 262).

A vinculação de particulares aos direitos fundamentais pode resultar de uma interpretação sistemática do texto constitucional ou decorrer de disposição constitucional expressa, de caráter genérico ou específico. A Constituição portuguesa de 1976, por exemplo, em seu art. 18, n. 1, estabelece genericamente que as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias são vinculantes para entidades públicas e privadas. Já o seu art. 37, ao prever o direito de resposta, impõe restrição à autonomia específica dos meios de comunicação social. Como se pode defluir da exposição de Queiroz (2002, p. 278), o campo da comunicação social é particularmente fecundo em direitos fundamentais com eficácia também perante particulares. O exercício da liberdade de expressão depende não raro da imposição de limites à autonomia dos meios de comunicação.

Diversamente do que ocorre nos países que acolheram a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a ideia segundo a qual a Constituição contém normas limitadoras apenas do poder estatal e não da autonomia individual, cultivada numa tradição jurídica fortemente influenciada pelo liberalismo individualista, é quase um axioma no Direito Constitucional dos EUA.³⁴ De acordo com a teoria da *state action*, não há que se cogitar da sujeição de particulares aos direitos fundamentais, exceto quando estiverem no exercício de atividade tipicamente estatal ou investidos de alguma parcela do poder do Estado. Em qualquer dos casos, a conduta

³⁴ A natureza quase axiomática dessa interpretação constitucional é notada por Sarmiento (2006, p. 189). Discordando desse autor, Silva (2008, p. 100) enfatiza que as construções jurisprudenciais em torno da doutrina da *state action*, a despeito de nominalmente sustentarem que os direitos fundamentais se dirigem apenas contra o Estado, provam o contrário. Na prática, segundo Silva, verifica-se comumente a tentativa de aplicar os dispositivos referentes aos direitos fundamentais a particulares, ainda que sua equiparação ao poder público se revele artificial.

alegadamente violadora de um direito fundamental deve ser “legitimamente atribuível ao Estado” (*Lugar v. Edmondson Oil Co.*, 457 U.S. 922), exigindo-se, para tanto, a verificação de dois requisitos: (i) a ofensa ao direito fundamental deve “ser decorrente do exercício de algum direito ou privilégio criado pelo Estado ou de uma regra de conduta imposta por ele ou por uma pessoa pela qual seja ele responsável”; (ii) o particular pode ser legitimamente qualificado como um ator estatal, “seja por ter agido juntamente como agentes estatais, seja por ter obtido deles significativa ajuda, ou mesmo por ser a sua conduta, de algum outro modo, atribuível ao Estado”.

Mesmo em um sistema que rejeita a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas é possível levantar argumentos constitucionais para a limitação da autonomia dos meios de comunicação em favor de outros direitos. Em sua literalidade, a Primeira Emenda à Constituição dos EUA prevê uma vedação dirigida especificamente ao Estado, ao proibir a edição de leis que restrinjam a liberdade de expressão e de imprensa. A despeito disso, a radiodifusão foi, desde o início, objeto de regulação por leis federais. A ausência de normas que disciplinassem o uso do espectro eletromagnético conduziria a uma situação de anarquia, ao estado de natureza aludido pelos contratualistas. O estabelecimento de regras para a concessão de direitos exclusivos de uso de frequências não foi visto, pela Suprema Corte norte-americana, como uma restrição inconstitucional à liberdade de expressão. Ao contrário, a atuação do Estado foi considerada necessária para garantir o gozo de tal liberdade na radiodifusão.³⁵ Como contrapartida aos direitos exclusivos dos detentores das licenças, as normas lhes impuseram obrigações de, na cobertura de questões controversas, respeitar o pluralismo, bem como de oferecer oportunidade de resposta a quem sofresse ataques pessoais por parte das emissoras. Como reconheceu a Suprema Corte em julgado de 1940, o Congresso, ao legislar sobre a matéria, agiu movido pelo “receio de que, na ausência de controle governamental, o interesse público pudesse se subordinar à dominação monopolista no setor da radiodifusão” (*FCC v. Pottsville Broadcasting Co.*, 309 U.S. 134).

No caso *Red Lion*, a Suprema Corte declarou expressamente a validade de políticas estatais dirigidas à proteção da liberdade de expressão contra ingerências de poderes privados. Tal concepção se coaduna com aquela esposada pelos pensadores contratualistas que inspiraram os *founding fathers*, os quais reconheciam ser o gozo efetivo de diversas liberdades dependente

³⁵ O mesmo posicionamento foi adotado pelo TCF alemão, na 1. *Rundfunkentscheidung* (BverfGE 12, 205) e na 3. *Rundfunkentscheidung* (BverfGE 57, 295), de 1961 e de 1981, respectivamente.

de intervenção estatal. Sob esse pressuposto, pode-se reconhecer legitimidade em ações estatais que limitem os direitos dos proprietários dos meios de comunicação, com o fito de assegurar o exercício da liberdade de expressão por outras pessoas. Como observa Holmes (1990, p. 47), na decisão em *Red Lion*, a Corte reconheceu que a Primeira Emenda não consagra apenas o propósito de vedar a censura estatal, mas também o de “criar um público bem informado e capaz de autogovernar-se”. Esse segundo propósito constitui razão suficiente para se impor limites à discricionariedade dos meios de comunicação, de modo a evitar a censura privada.

Uma tentativa de conciliar a limitação da autonomia privada com a noção de que os direitos fundamentais são afirmados exclusivamente perante o Estado é feita por Sunstein, ao asseverar que eventuais ofensas a direitos fundamentais relacionadas à conduta dos meios de comunicação devem ser atribuídas ao próprio Estado. Fiel à ideia de que a conduta privada não levanta qualquer questão de cunho constitucional e de que a Lei Maior se destina a limitar e regular a ação estatal, o jurista norte-americano observa que as eventuais limitações à liberdade de expressão engendradas por particulares são decorrentes, na verdade, de uma prévia conduta estatal, consistente na atribuição de direitos de propriedade e de uso exclusivo de bens (SUNSTEIN, 1993, p. 36). Assim, se uma rede de televisão se recusa a oferecer espaço para a expressão de determinadas ideias ou se o administrador de um *shopping center* proíbe a realização de atividade expressiva em seus espaços de uso comum, isso se dá em razão da existência de normas emitidas pelo Estado, que conferem tais poderes aos particulares. Disso o autor conclui que alguns dispositivos legais referentes ao direito de propriedade efetivamente violam a Constituição, ao permitirem que o proprietário impeça pessoas de falar em certos locais e horários.

Tal raciocínio é engenhoso e bem adaptado à realidade jurídica norte-americana. Não deixa, contudo, de padecer de artificialismo semelhante ao identificado por Silva (2008, p. 100) nas construções jurisprudenciais em torno da *state action*. Em nome da preservação nominal do princípio liberal de que a Constituição se destina a regular exclusivamente o poder estatal, promove-se, a qualquer custo, uma tentativa de associar a conduta do particular à do Estado, para assim fazer incidir a Constituição ao caso em discussão. Nas hipóteses suscitadas por Sunstein, não se pode negar que o regime de direitos de propriedade vigente seja condição necessária para a restrição à liberdade de expressão por particulares. Não é, porém, condição suficiente. A restrição efetiva ocorre em virtude da conduta dos proprietários.

Esse tipo de imputação da conduta privada ao Estado se assemelha àquela intentada por Schwabe. Para esse jurista, os problemas referentes à eficácia horizontal dos direitos fundamentais devem ser resolvidos segundo a perspectiva dos direitos de defesa: qualquer ofensa aos direitos fundamentais perpetrada por particular e consistente em um comportamento não vedado pelo ordenamento tem como responsável último o próprio Estado, que impôs um dever de tolerância quanto àquela conduta, ao não proibi-la ou ao expressamente permiti-la. A teoria de Schwabe é, todavia, pouco convincente, na medida em que transforma o Estado em um agente universal, responsável por todas ações individuais não proibidas (STEINMETZ, 2004, p. 177).

Em que pesem seus diferentes pontos de partida, todas essas teorias fornecem subsídios para a justificação de um papel ativo do Estado no sentido contrabalançar poderes privados para equalizar oportunidades de exercício da liberdade de expressão.

3. Direitos prestacionais de comunicação e democracia

3.1. Direitos de comunicação como requisitos de um regime democrático

As diferentes maneiras de definir democracia convergem em um ponto: o regime democrático pressupõe participação popular na tomada de decisões políticas. Assim, democracia pode ser definida como a forma de governo na qual o povo participa, direta ou indiretamente, do processo de criação e aplicação das normas que regem uma comunidade (KELSEN, 2000a, p. 142).

Além de qualificar-se como um governo do povo, no sentido de que o direito de participação política é atribuído ao conjunto dos governados, a democracia possui outras duas características (BOBBIO, 2006, p. 31). De um lado, esse regime político requer a existência de regras procedimentais que assegurem a prevalência da vontade da maioria nas decisões coletivas. De outro, pressupõe que o povo, ao decidir diretamente ou eleger seus representantes, disponha de alternativas de escolha e condições efetivas para optar por uma delas. Esse último pressuposto somente pode ser atendido quando aos cidadãos é assegurado um conjunto de direitos básicos que lhe permitam formar livremente a sua opinião e expressá-la, reunir-se, associar-se etc. Tais direitos devem estar a salvo inclusive da própria vontade da maioria, mesmo porque constituem condições para que ela seja legitimamente formada. Uma decisão não pode ser considerada democrática, ainda que proveniente da maioria, quando não adotada em um ambiente de discussão pública e livre de censura.

Como visto, um conceito mais elaborado de democracia permite inferir que o simples apoio da maioria da população a um dado governo não o torna democrático, pois “a opinião da maioria não conta como sua vontade, a não ser que os cidadãos tenham tido uma oportunidade adequada de se informar e deliberar” (DWORKIN, 2005, p. 502). Nessa concepção de democracia como um processo co-participativo, a igualdade política dos cidadãos deve se revelar não apenas em sua condição de unidades de um todo que constitui a opinião pública e o eleitorado, mas também na oportunidade de influenciarem as opiniões dos outros cidadãos.

Dahl (2001, p. 99) enumera seis exigências mínimas para que um governo em sociedades contemporâneas possa ser considerado democrático: (i) eletividade das funções de direção; (ii) processos eleitorais livres, justos e frequentes, com igualdade de direitos políticos entre cidadãos; (iii) liberdade de expressão; (iv) existência de fontes de informação diversificadas; (v) autonomia das associações; e (vi) cidadania inclusiva (garantia a todos os adultos dos direitos relacionados às quatro exigências anteriores).

Chama a atenção que duas dessas exigências estejam diretamente relacionadas ao processo comunicativo. Dahl toma a liberdade de expressão em um sentido amplo, alcançando não apenas a liberdade do emissor, mas também a do receptor das mensagens. Juntamente com a disponibilidade de fontes alternativas e independentes de informação, elas são fundamentais no processo de compreensão da realidade social e dos atos do governo, ponto de partida no desenvolvimento das competências cívicas, sem as quais o indivíduo não é capaz de participar efetivamente na vida pública e influenciar as decisões governamentais.

3.2. O princípio da igualdade política aplicado à comunicação

O princípio democrático constitui um mandato não apenas de inclusão dos indivíduos no processo político, mas também de oferecimento de condições equitativas para sua participação (LICHTENBERG, 1990, p. 111). A regra *one man one vote* representa uma das muitas manifestações pontuais desse mandato.

Em sua teoria da justiça, Rawls procura diferenciar liberdade e valor da liberdade. Segundo o jusfilósofo, as liberdades fundamentais estariam associadas a deveres estatais de não-intervenção no curso de ação dos indivíduos, bem como de proteção contra intervenções de terceiros. A existência de tais liberdades, contudo, não é garantia do exercício real das alternativas de ação às quais elas se referem, porquanto as escolhas podem ser inviabilizadas por

fatores outros que não ações diretas impeditivas, do Estado ou de outros particulares. Tais obstáculos afetam o valor das liberdades, na medida em que, em sua presença, o indivíduo se vê impossibilitado de tirar proveito delas.

No modelo rawlsiano, todas as liberdades fundamentais são equitativas, no sentido de que os indivíduos devem gozar, em igual medida, dos direitos de defesa e de proteção a elas relacionados. Para as liberdades políticas, no entanto, Rawls (2000, p. 383-4) propõe um tratamento diferenciado. A estrutura jurídica básica deve assegurar não apenas liberdades políticas iguais, mas também o seu valor equitativo:

Essa garantia significa que o valor das liberdades políticas para todos os cidadãos, seja qual for sua posição social ou econômica, deve ser aproximadamente igual, ou pelo menos suficientemente igual, no sentido de que todos tenham uma oportunidade equitativa de assumir um cargo público e influenciar o resultado de decisões políticas. [...]

[O] valor equitativo das liberdades políticas é de importância igual, ou maior, do que o de assegurar que os mercados sejam eficientemente competitivos. Pois, a menos que o valor equitativo dessas liberdades seja mais ou menos preservado, é pouco provável que instituições básicas justas venham a ser estabelecidas ou mantidas.³⁶

E a preservação desse valor equitativo requer que a liberdade de expressão seja regulada, para atenuar distorções advindas das diferenças de capacidade econômica e assegurar que as variadas correntes políticas tenham voz (RAWLS, 2002, p. 245-6):

Para que o fórum público seja livre e aberto a todos, e permaneça em sessão contínua, todos devem poder participar dele. Todos os cidadãos devem ter os meios de informar-se sobre questões políticas. Deveriam ter condições de avaliar como certas propostas afetam seu bem-estar e quais políticas promovem sua concepção de bem público. Além disso, deveriam ter uma oportunidade equitativa de acrescentar à pauta propostas alternativas para a discussão política. As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito de seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar o curso do debate público. Pois, no fim, essas desigualdades possibilitarão que aqueles que estão em melhores condições exerçam uma influência maior sobre a evolução da legislação. Com o tempo, eles tendem a conquistar um peso preponderante na decisão de questões sociais, pelo menos no que se refere àqueles assuntos sobre os quais normalmente concordam, isto é, em relação àquilo que favorece suas circunstâncias privilegiadas.

Medidas compensatórias devem, portanto, ser tomadas a fim de se preservar o valor equitativo para todas as liberdades políticas iguais.

Não apenas as desigualdades de acesso aos canais de expressão, mas também as de acesso

³⁶ No modelo teórico original da esfera pública burguesa, a “publicidade” “era um princípio da democracia não só porque nela, em princípio, cada um tinha o direito de apresentar com igual chance as suas preferências, os seus desejos e as suas concepções pessoais – *opinions*; ela só podia ser concretizada à medida que essas opiniões pessoais podiam evoluir para uma opinião pública no raciocínio de um público – tornando-se *opinion publique*” (HABERMAS, 2003, p. 255).

às ideias e informações transmitidas produzem impacto sobre a capacidade do indivíduo de influenciar o processo político.³⁷ O princípio democrático exige de Estados constitucionalmente sobre ele fundados a adoção de medidas que atenuem as desigualdades comunicativas, sob pena de a sua inação solapar a ideia de igualdade política ínsita ao conceito de democracia.³⁸

3.3. Democracia, mercado e discurso político

O correto funcionamento da democracia requer que as fontes de informação acessíveis aos cidadãos não sejam objeto de monopólio do governo ou de qualquer grupo social, econômico ou tendência política (DAHL, 2001, p. 111). Deve-se ter presente, contudo, que os riscos de organização do mercado comunicativo em bases não plurais e de desenvolvimento de um pensamento único, não estão associados necessariamente à propriedade do veículo emissor, mas à produção e efetiva transmissão de conteúdos. Na ex-Alemanha Ocidental, a radiodifusão foi, durante algumas décadas, um serviço prestado exclusivamente pelo Estado. Isso não autoriza pensar que a liberdade de expressão e o regime democrático estiveram ameaçados naquele país, pois a produção do conteúdo das emissões observava o princípio do pluralismo interno, segundo o qual a organização e o processo decisório das empresas públicas de radiodifusão deveriam estar abertos à influência dos diferentes grupos e tendências, de modo a que a programação refletisse a diversidade social existente (3. *Rundfunkentscheidung*, BVerfGE 57, 325).

Mesmo uma pluralidade de produtores não é suficiente para assegurar pluralidade de conteúdo, pois a lógica de funcionamento do mercado de comunicação pode conduzir a uma padronização de temas e homogeneização dos pontos de vista retratados, de modo a não refletir a diversidade do meio social. Multiplicidade de vozes não é sinônimo de diversidade de ideias.

³⁷ Tal diagnóstico não é exclusivo de uma corrente do espectro ideológico. Em seu estudo sobre a democracia, Anthony Downs (1999, p. 254-5), um dos pais da escola da *Public Choice*, observa: “Como os meios de comunicação de massa em muitas democracias são de propriedade de, ou são dominados mais por, interesses de alta renda do que de baixa renda, é mais provável que os cidadãos de baixa renda recebam dados selecionados por princípios que se chocam com os seus próprios do que os grupos de renda mais alta. Não sabemos qual é o tamanho do efeito que tem esse conflito. Entretanto, ele contribui para a vantagem geral, dos grupos de alta renda, produzida pela necessidade de arcar com os custos de obter informação política” E acrescenta: “Toda informação é cara; portanto, aqueles com rendas altas podem arcar melhor com os custos de obtê-la do que aqueles com rendas baixas. Como vimos nos capítulos anteriores, esse fato distorce ainda mais o funcionamento do princípio da igualdade política – o princípio que está no coração da teoria democrática”.

³⁸ A noção da necessidade de ações positivas estatais para preservar o valor das liberdades negativas em um Estado Social é também a ideia que preside o reconhecimento de direitos fundamentais prestacionais pelo TCF alemão. A Corte acentuou na decisão do caso *Numerus Clausus* (BVerfGE 33, 303) que “o direito de liberdade não teria valor algum sem os pressupostos fáticos para o seu exercício”.

Sempre há a possibilidade de que o coro esteja cantando em uníssono.³⁹ Se a homogeneidade se verificar na própria sociedade, não haverá por que se atribuir qualquer responsabilidade aos meios de comunicação por simplesmente retratarem o fenômeno. Sua ocorrência é, todavia, pouco plausível nas atuais sociedades hipercomplexas.

O problema da homogeneidade do discurso encontra-se retratado na tipologia de estruturas de mercado adotada por Croteau e Hoynes (2006, p. 19). Esses autores classificam os mercados segundo dois critérios: o número de fornecedores e a diversidade dos produtos. A partir desses parâmetros, é possível identificar quatro tipos básicos de mercado: o monopolista homogêneo (um ou poucos fornecedores e produtos pouco variados), o monopolista heterogêneo (um ou poucos fornecedores e produtos bastante variados), o competitivo homogêneo (muitos fornecedores e produtos pouco variados) e o competitivo heterogêneo (muitos fornecedores e produtos bastante variados). Sob uma perspectiva comprometida com o ideal democrático da igualdade política, a configuração ideal do mercado de comunicação seria a última. Na realidade, contudo, são comuns os mercados monopolista e competitivo homogêneos.

As falhas identificadas no mercado de comunicação constituem justificativa para a intervenção governamental, no sentido de corrigi-las ou ao menos atenuá-las. As prestações estatais nesse sentido podem assumir formas as mais variadas: legislação antitruste, instituição de direitos de acesso aos meios de comunicação, manutenção um sistema público de comunicação, subsídios aos meios privados alternativos.

Contra a regulação da mídia costuma-se levantar a objeção de que ela confere ao fiscalizado (governo) poder sobre quem (meios de comunicação) tem, entre outras incumbências, o papel de fiscalizá-lo. Lichtenberg (1990, p. 127) responde a isso com os seguintes argumentos: (i) assim como o Estado, também os poderes privados podem representar ameaça à independência e integridade da imprensa, o que afasta a conclusão de que, diferentemente do governo, eles seriam dignos de confiança; (ii) o Estado não é uma instituição monolítica e com uma única orientação, sendo dotado de diversos órgãos, alguns menos suscetíveis de cooptação

³⁹ Ao tratar dos vínculos existentes entre liberdade de expressão e democracia, Rainey (1993, p. 299) assinala que a questão do acesso aos meios de comunicação deve ser analisada a partir da pluralidade de pontos de vista e não da quantidade de falantes: “a mera abundância de falantes não assegura a disponibilidade de diferentes perspectivas. A adição de uma nova fonte de informação ou de uma nova pessoa em um programa sobre questões públicas não acrescenta nada ao debate a menos que tal fonte ou pessoa forneça um ponto de vista genuinamente diferente.” Na mesma linha se manifesta Dworkin (2005, p. 536), ao sustentar que o aprimoramento do debate público, mais do que da quantidade de atos comunicacionais, depende da quantidade de ideias diferentes levadas à discussão.

por interesses partidários do que outros⁴⁰; (iii) nem toda regulação implica necessariamente censura, de modo que, para se obedecer ao princípio da multiplicidade de vozes, não se deve impedir que os pontos de vista dos controladores dos meios de comunicação sejam expressos, mas simplesmente proporcionar que outros pontos de vista também tenham espaço.⁴¹

No debate jurídico norte-americano em torno da viabilidade constitucional de intervenções do Estado no âmbito da comunicação, rivalizam-se duas concepções de democracia, às quais se associam compreensões distintas sobre o modo apropriado de realizar os propósitos subjacentes à norma garantidora da liberdade de expressão (DWORKIN, 2005, p. 503).

Na concepção majoritarista, a democracia é definida a partir da coincidência entre decisão política e vontade da maioria do povo. Em sua versão mais elaborada, ela pressupõe que tal vontade se forme em um ambiente com oportunidades adequadas de informação. A outra concepção, chamada de co-participativa, também reconhece a prevalência da vontade da maioria como um dos elementos definidores da democracia, mas enfatiza que o papel dos cidadãos não se resume ao de juízes das competições políticas, abrangendo também o de participantes desses embates, com pretensões legítimas de influenciar a formação das opiniões dos outros. Todos são vistos, no processo político, como parceiros iguais, cujo papel na determinação da vontade soberana não se resume ao seu momento constitutivo (voto), mas se estende à etapa precedente, pela influência legítima que podem exercer sobre as opiniões dos outros cidadãos.

A opção por uma ou outra interpretação do princípio democrático traduz um compromisso com determinados valores. Na visão de Dworkin, o valor “igualdade” é o decisivo. A defesa da concepção co-participativa é feita pelo autor nos seguintes termos (DWORKIN, 2005, p. 509):

Quase todos pensamos que a democracia é uma forma de governo valiosa, ou mesmo indispensável. Achamos que vale a pena lutar, e talvez até morrer, para protegê-la. Precisamos de uma concepção de democracia que se encaixe nessa noção de valor da democracia: precisamos de

⁴⁰ Conquanto não mencionado pela autora, é plausível sustentar – e isso se afigura relevante em termos comparativos – que o Estado, até mesmo pela forma de escolha de seu corpo dirigente nas democracias, é mais permeável à influência de uma pluralidade de interesses do que uma grande corporação econômica. O Estado não é um bloco monolítico, mas sim, como sustenta Poulantzas, um campo estratégico, a condensação material de uma relação de forças: “Executivo e parlamento, exército, magistratura, diferentes ministérios, aparelhos regionais e municipais e aparelho central, aparelhos ideológicos, eles mesmos divididos em circuitos, redes e trincheiras diferentes, representam com frequência, conforme as diversas formações sociais, interesses absolutamente divergentes de cada um ou de alguns componentes do bloco no poder” (POULANTZAS, 1981, p. 153).

⁴¹ No caso da radiodifusão, poder-se-ia alegar que esse tipo de regulação acarretaria censura, na medida em que diminuiria o tempo disponível para a programação elaborada conforme a autonomia editorial. Nos meios impressos, a solução poderia passar pelo aumento das dimensões da publicação. De qualquer modo, implicaria custos para o veículo.

uma noção que nos mostre o que há de tão bom na democracia. A concepção majoritarista não faz isso, porque não há nada que possua valor inerente em um processo que permite a um grande número de pessoas impor sua vontade a um número menor. O governo da maioria não é justo nem valioso em si. Só é justo e valioso quando atende a determinadas condições, entre elas as exigências de igualdade entre os participantes do processo político, por meio do qual se definirá a maioria.

A interpretação que a Suprema Corte norte-americana tem dado à Primeira Emenda ao longo do tempo oscila entre uma visão da liberdade de expressão que Dworkin denomina “profilática”, consonante com a concepção majoritarista da democracia, e uma visão “discriminadora”, relacionada com a concepção co-participativa. Central na distinção entre as duas perspectivas é a forma como é vista a regulação estatal do processo comunicativo. A visão profilática é radicalmente contrária a intervenções governamentais. Assenta-se no pressuposto de que a não-intervenção estatal é a melhor estratégia para garantir um regime de liberdade de expressão que sirva aos propósitos democráticos da Primeira Emenda. Já a visão discriminadora, conquanto admita que o Estado pode constituir uma ameaça à liberdade de expressão, considera necessárias intervenções do poder público no sentido de assegurar que tal liberdade seja usada para realizar os objetivos democráticos aos quais se vincula.

No caso *Red Lion*, por exemplo, a decisão da Corte filiou-se de forma clara à visão discriminadora, que considera legítima a regulação estatal, com o objetivo de equalizar oportunidades de exposição de ideias nos meios de comunicação. Já no caso *Buckley v. Valeo* (424 U.S. 1), de 1976, o Tribunal valeu-se da interpretação profilática, para declarar inconstitucional legislação eleitoral que estabelecia um teto para gastos em campanhas políticas. Considerou que o Estado não poderia restringir o discurso de alguns para aumentar o peso relativo do discurso de outros que, por insuficiência de recursos, não são capazes de dar a suas manifestações projeção equivalente à dos financeiramente mais bem dotados.

Nas últimas décadas, é cada vez mais perceptível a adesão da Corte à visão profilática. Críticos do fenômeno chegam mesmo a afirmar que, na nova orientação jurisprudencial, a liberdade de expressão transformou-se, de um instrumento para a deliberação democrática, em uma categoria da economia neoclássica, no contexto de uma ápotese do *laissez-faire*. (SUNSTEIN, 1993, XVIII).

3.3.1. A concepção majoritarista da democracia

A primeira concepção de democracia, chamada de majoritarista, adota, relativamente à

liberdade de expressão, uma postura de resistência a intervenções do governo no processo comunicativo, ainda que tenham um propósito declarado de enriquecer o debate público. Como visto, ela se vale do que Dworkin denomina “critério profilático” de interpretação da Primeira Emenda, segundo o qual é vedado ao Estado regulamentar a expressão política com o fito de aprimorar a democracia. Adeptos dessa visão sustentam que a maior ameaça à democracia reside exatamente no uso, pelo governo, de seu poder para, mesmo sob a alegação de perseguir fins valiosos, silenciar a dissidência política. Nesse contexto, consideram que o constituinte fez uma aposta democrática na liberdade de expressão, acreditando que a comunicação livre de interferências estatais seria mais eficaz na realização dos ideais democráticos.

O enfoque dado pela concepção majoritarista à liberdade de expressão pode, decerto, ser estendido para outros campos além do estritamente político. Retrata, na verdade, uma concepção liberal-individualista que encontra raízes nos movimentos revolucionários burgueses do séc. XVIII. Ela acredita no *laissez-faire* comunicativo, consistente na ausência de intervenção estatal⁴², como a melhor estratégia para, no campo epistemológico, atingir a verdade e, no campo político, a democracia. No séc. XX, essa visão encontrou eco na noção do *free marketplace of ideas* (livre mercado de ideias), desenvolvida pelo juiz Oliver Holmes, da Suprema Corte norte-americana.

Na defesa da liberdade de expressão, Holmes se valia de duas premissas básicas: (i) o ceticismo quanto a uma visão substancialista da verdade; (ii) a crença em um mecanismo competitivo como melhor forma de obtenção da verdade, entendida esta em termos processuais, como “resultado, ainda que provisório, de um procedimento dialógico e crítico livre e aberto” (MACHADO, 2002, p. 247). Para Holmes, a liberdade de expressão não constituía um fim em si mesmo, mas um meio para atingir a verdade, nos termos relativos em que a sua concepção do livre mercado de ideias a compreendia. Não sendo a verdade, segundo essa visão, algo aprioristicamente dado, mas fruto do embate de ideias, careceria de legitimidade qualquer intervenção estatal no sentido de excluir do debate determinadas ideias. Seu desvalor ou erro, caso existente, seria revelado no próprio processo de discussão.

O liberal-individualismo crê na eficiência do mecanismo autorregulador do mercado no âmbito da comunicação, promovendo, como salienta Arias (2000, p. 43) uma íntima associação entre liberdade de imprensa e direito de propriedade:

⁴² Como se verá adiante, o raciocínio parte de ideia equivocada de que a intervenção estatal só existe quando se destina a mudar o *status quo*, ignorando que o próprio regime atual de liberdade de expressão é fruto de ações estatais.

Os proprietários dos periódicos ou seus empregados têm o direito de dirigir suas publicações como lhes convenha, sempre que respeitem a lei. A mão oculta do mercado assegura que a conjunção dos interesses privados redundará no bem comum. E como não existe censura e a ninguém se proíbe publicar, todas as vozes estarão representadas. Se não o estão, é porque são tão irrelevantes ou tão absurdas que o público se nega a pagar por elas. A neutralidade deste livre mercado assegura que a imprensa reflita as demandas do público. Os editores são, em última instância, responsáveis perante os leitores e estes são os que determinam os conteúdos e a personalidade das publicações, e os jornalistas atuam e escrevem em nome do público. Portanto, quando exercem a crítica sobre o poder e quando criticam suas ações, é o público quem exerce, por delegação, sua liberdade de controlar os governantes.

Essa perspectiva orientada para o mercado, sobretudo em sua modalidade mais radical, apresenta alguns problemas, identificados por Croteau e Hoynes (2006, p. 23). Em primeiro lugar, o funcionamento dos mercados é fundamentalmente diverso daquele que o conceito normativo de democracia preconiza para o sistema político. Em face da essencialidade dos direitos de comunicação para o processo democrático, transplantar o modelo de mercado para o setor da comunicação, sem os ajustes necessários, redundaria no comprometimento do princípio da igualdade política (em lugar de *one man, one vote*, tem-se *one dollar, one vote*). Ademais, conforme ressalta Fiss (1996, p. 40), o público-alvo dos conteúdos transmitidos, em virtude do próprio mecanismo de funcionamento do mercado de comunicação, não é co-extensivo ao eleitorado.

Em segundo lugar, os mercados reproduzem a desigualdade existente na sociedade. Significa dizer que quem é provido de mais recursos tem, em um modelo orientado para o mercado, maiores chances de influenciar o conteúdo veiculado pelos meios de comunicação.

Em terceiro lugar, os mercados são amorais, buscam simplesmente satisfazer demandas, sejam elas quais forem. Assim, considerações acerca da conveniência e dos riscos sociais associados à transmissão de determinados conteúdos (ex.: pornografia infantil, apologia às drogas ou à violência, racismo) são alheias à estrutura dos mercados.

Em quarto lugar, nem todas as necessidades sociais são providas adequadamente pelos mercados, sobretudo no que diz respeito aos chamados “bens públicos”. Há uma série de atividades que as diversas sociedades reputam essenciais (algumas delas para as quais sequer há ofertantes interessados), e que devem ser oferecidas à população independentemente do mecanismo de mercado. Em muitos países, serviços públicos de radiodifusão se encontram no rol dessas atividades, sob a justificativa de se tratar de “um inestimável recurso, que deve estar disponível para os cidadãos independentemente de sua capacidade de pagar por ele, além de o mercado não satisfazer a contento essa necessidade” (CROTEAU; HOYNES, 2006, p. 25).

Em quinto lugar, os mercados não necessariamente suprem as demandas do sistema democrático, porque se dirigem ao indivíduo na sua condição de consumidor e não na de cidadão. O conteúdo transmitido pelos meios de comunicação, mesmo quando há competição entre eles, comumente se distancia daquele que tornaria o público mais informado e apto a participar do processo democrático deliberativo. Dessarte, os ganhos econômicos do modelo vêm acompanhados de um déficit democrático.

Contra esse último ponto, costuma-se asseverar que o mercado nada mais faz do que oferecer aquilo que o público quer receber. Outros conteúdos não são divulgados porque não refletiriam as preferências da população. Se o público, em lugar de optar por programas informativos na televisão, prefere *shows* de entretenimento, cabe ao Estado respeitar tais escolhas. Qualquer tentativa de interferir nesse quadro se fundaria em razões paternalistas, que desrespeitariam a liberdade de escolha do público e subestimariam a sua capacidade de avaliação, procurando tomar decisões em seu lugar.

A crítica baseada na soberania do consumidor é passível, contudo, de contestação. Como se verá adiante, o mercado de comunicação não oferece ao público necessariamente aquilo que ele quer. Ademais, deve-se atentar para o fato de que as preferências não são um simples dado fixo, a ser captado pelos ofertantes. Ao contrário, elas são em grande parte modeladas pelos próprios fornecedores. O público constrói suas preferências a partir daquilo que lhe é oferecido. Não tem condições de avaliar aquilo com o que não teve contato. Suas preferências poderiam ser diversas caso seu rol de alternativas fosse ampliado. As preferências mudam com o tempo e a partir do contato do indivíduo com novas situações. Sua formação se dá, em geral, pela exposição reiterada a uma determinada prática (FARACO, 2009, p. 211). Por isso, afigura-se inviável “justificar um sistema de mercado invocando preferências (ostensivamente independentes) que os mercados satisfazem [...]. A política é um gosto adquirido – adquirido sob estímulo de reformas legais. A oferta cria a sua demanda e a oportunidade encoraja as pessoas a cultivarem suas capacidades” (HOLMES, 1990, p. 53).⁴³

Mesmo abstraindo a questão de que as preferências não são algo previamente dado, em

⁴³ Na mesma linha, Sunstein (1993, p. 21), ao assinalar que o bom funcionamento de um sistema de democracia deliberativa depende de que os cidadãos se interessem pelas questões públicas, aponta como possíveis causas da indiferença pela política: a insuficiência de informações à disposição do público, os custos relacionados à aquisição de conhecimento, uma experiência educacional deficitária e um *status quo* injusto.

lugar de construído, ainda assim a assertiva de que a escolha do conteúdo a ser apresentado pelos meios de comunicação atende às preferências do público deve ser relativizada. O que é exibido não necessariamente corresponde ao conteúdo preferido pelo maior número de indivíduos, mas sim a um denominador comum obtido a partir das preferências do público (FARACO, 2009, p. 125). Nem todos os espectadores assistem a um dado programa porque o consideram o seu preferido entre os possíveis, mas simplesmente porque o é dentre os apresentados e porque manter o aparelho receptor ligado proporciona, ainda assim, mais bem-estar do que desligá-lo. Se o objetivo de uma emissora é maximizar sua audiência, exibirá o programa que, mesmo não sendo a primeira opção do maior número de espectadores, tenha a capacidade de agregar a maior audiência, por constituir a segunda, terceira ou quarta (e assim sucessivamente) opção do maior número de indivíduos. O seguinte exemplo esclarece essa situação. Imagine-se que, num universo de 100 espectadores, as preferências por quatro tipos de programação são assim distribuídas:

Programas	A	B	C	D
1ª Preferência	60	20	20	0
2ª Preferência	20	20	40	20
3ª Preferência	0	20	0	80
Não assistiria	20	40	40	0

O programa que constitui a primeira preferência do maior número de espectadores é o de letra A. Já o programa de letra D não constitui a primeira preferência de nenhum deles. Levando-se em conta a soma da primeira e da segunda preferências, o programa A continuaria a ser o mais preferido (80), seguido do programa C (60) e do programa B (40). Em que pese isso, considerando haver espectadores que não assistiriam os programas A, B e C, a opção da emissora que procurasse maximizar sua audiência seria exibir o programa D, que seria a segunda preferência de 20 e a terceira de 80 espectadores. Como visto, a escolha da emissora não recai necessariamente sobre o programa mais preferido, mas sobre aquele que constitui um denominador comum, mesmo quando ele não representar a primeira escolha de nenhum espectador.

O quadro permite também identificar por que a simples pluralidade de emissoras não

necessariamente conduz à diversidade de conteúdo. O programa A constitui a primeira preferência de 60% do público. Em um mercado com duas emissoras, ambas poderão se ver incentivadas a adotar esse mesmo tipo de programa, se, mesmo com a divisão ao meio da audiência, o número de espectadores de cada uma for superior ao que resultaria da escolha de outros tipos de programa.⁴⁴

Demais disso, a comunicação social possui características que a singularizam. Não pode ser tratada como se fosse apenas um dos muitos setores econômicos. Croteau e Hoynes (2006, p. 28) identificam três razões básicas para isso.

No que concerne ao seu funcionamento, o mercado de mídia se distingue dos outros mercados pela sua dualidade em relação ao produto. Uma mesma atividade material do fornecedor envolve o oferecimento de dois tipos de produtos para duas categorias totalmente diversas de compradores. Parte das receitas de um jornal, por exemplo, provém dos valores desembolsados pelos leitores na compra dos exemplares. Nesse ponto, a similitude com outros mercados é patente. Ocorre que outra parte das receitas se origina da venda de espaços publicitários aos anunciantes. O produto comprado por estes últimos nada mais é do que a atenção do público leitor. No caso das emissoras de rádio e de televisão aberta, não se verifica qualquer espécie de compra de programação por parte dos telespectadores. A disjunção entre o destinatário do conteúdo e o comprador do produto permite, por exemplo, a exibição de programas que, conquanto não sejam da preferência da maioria do público, atingem com maior eficácia uma determinada parcela dos telespectadores, clientes em potencial de seus anunciantes.⁴⁵ Não se pode afirmar, pois, que a programação reflita necessariamente a preferência

⁴⁴ Suponha-se, por exemplo, que os 60 espectadores que tem A por como 1ª preferência são os mesmos que têm B e C como 2ª preferência, e que os mesmos 20 espectadores que declaram A como 2ª preferência consideram B sua 3ª preferência. Nessa situação, será mais vantajoso para ambas as emissoras apresentar o tipo A de programação, repartindo a audiência de 80 espectadores. Evidentemente, o mundo real é bem mais complexo do que um esquema como esse. Outros fatores são levados em consideração pela emissora. Assim, os custos de produção do programa B podem ser bem inferiores ao do programa A, o que, feita uma análise de custo/benefício, tornaria a opção por B mais vantajosa, ainda que gerasse menos audiência. Seja como for, o exemplo demonstra, de um lado, a primariedade do argumento no sentido de que o conteúdo exibido nos meios de comunicação reflete aquilo que é mais preferido pelo público, e, de outro, o equívoco de se pensar que a pluralidade de operadores, por si só, resultará em diversidade de conteúdo na mídia, como salientado por Rainey (vide nota 37).

⁴⁵ “Se um programa com modestos índices de audiência alcança um grupo demográfico que é especialmente atrativo para os anunciantes, ele pode ser repetido em detrimento de um programa com índices superiores, mas como público que é menos atrativo para os anunciantes. Telespectadores com renda mais alta, por exemplo, são mais atrativos que os de renda baixa, por ser mais provável que eles tenham condições financeiras para comprar os produtos dos anunciantes. Estes também têm uma forte preferência por públicos mais jovens e são relativamente desinteressados por consumidores acima dos 50 anos de idade” (CROTEAU; HOYNES, 2006, p. 29).

de frações do público (grandes ou pequenas) que não sejam o foco dos anunciantes.

Um segundo motivo para se conferir tratamento diferenciado à comunicação social, comparativamente a outros mercados, é o seu papel nos processos de deliberação política, educação e integração social. A mídia produz bens culturais, que influenciam decisivamente a maneira como as pessoas veem o mundo. Fornece informações necessárias à tomada de decisões políticas pelos cidadãos e pelos governantes. Atua como uma espécie de educador informal, inclusive quando veicula conteúdos lúdicos. Na era da comunicação de massas, a maior parte daquilo que o indivíduo sabe a respeito do mundo não resulta de sua experiência primária e de seu contato direto com realidade, mas é assimilado como informação transmitida pelos meios de comunicação. Além disso, a mídia pode funcionar como um fator de integração, contribuindo para a construção de uma identidade comum entre pessoas distantes geográfica, econômica e socialmente. O contrário pode, igualmente, ocorrer. Em síntese, diferentemente de outros mercados, o da comunicação social tem reflexos diretos sobre o funcionamento do sistema político e do regime democrático. A organização da comunicação social não repercute sobre o público apenas em sua condição de consumidor, mas também na de cidadão.

A terceira razão para rejeitar uma abordagem da mídia que se oriente exclusivamente para o mercado reside na circunstância de que, nos diversos países, é a própria constituição que lhe confere um *status* diferenciado. Nos EUA, por exemplo, trata-se da única atividade econômica que recebeu menção expressa no texto constitucional. Se lhe é concedida proteção especial, presume-se que seja para assegurar a realização de determinados fins constitucionais de maior relevo.

3.3.2. A concepção co-participativa da democracia

A segunda concepção da democracia, dita co-participativa, dá um enfoque bastante diverso à liberdade de expressão. Seu comprometimento com a noção de igualdade política não se resume, como na concepção majoritarista, ao plano do cidadão-eleitor, mas se estende ao do cidadão-partícipe das disputas políticas. Segundo essa abordagem, a democracia fica comprometida “quando alguns grupos de cidadãos não têm oportunidade nenhuma – ou a têm bem reduzida – de defender suas convicções porque não têm fundos para competir com doadores ricos e poderosos”, porque os aliados do processo não mais podem ser considerados parceiros iguais naquele empreendimento coletivo (DWORKIN, 2005, p. 512). Fica igualmente comprometida quando o discurso democrático é estruturado de uma maneira que não possibilite o

debate de ideias e a atenção ao mérito das propostas colocadas em discussão. A concepção co-participativa, tal como defendida por Dworkin, considera legítimas as intervenções estatais que regulamentem o discurso político, quando forem dirigidas a aprimorar a democracia e não atentarem contra os princípios da soberania popular e da igualdade política.⁴⁶

Conforme acentuado por Sunstein (1993, XVII), a associação entre a liberdade de expressão consagrada na Primeira Emenda e a democracia como processo deliberativo levado a cabo por cidadãos politicamente ativos e iguais em direitos e deveres remonta à própria formação dos EUA como nação independente. As ideias de soberania popular e democracia, desenvolvidas pela jovem república, tiveram em James Madison um dos principais defensores. Foi ele também uma figura chave na inserção da liberdade de expressão no texto da Primeira Emenda. Por essas razões históricas, Sunstein opta por denominar “concepção madisoniana” o conjunto de formulações teóricas anteriormente identificadas como concepção co-participativa, que, ao vincular a liberdade de expressão aos princípios da democracia e da soberania popular numa relação de meio e fim, enfatiza a dimensão participativa dos indivíduos, como iguais, no processo político.

O funcionamento adequado de um sistema de liberdade de expressão, segundo Sunstein, é aquele que se dirige à realização do ideal madisoniano de democracia deliberativa. Nela, a política não se destina apenas a proteger direitos privados ou a refletir o resultado das pressões de grupos de interesse, como se fosse a mera agregação de preferências privadas previamente definidas. Em uma democracia deliberativa “novas informações e perspectivas influenciam os julgamentos sociais a respeito de possíveis cursos de ação” (SUNSTEIN, 1993, p. 18).

Para chegar a bons resultados, um processo de deliberação pública requer sejam atendidas as seguintes condições: (i) um nível adequado de informações; (ii) um princípio de igualdade política, por força do qual poder e autoridade não sejam determinantes dos resultados; (iii) ausência de manipulação estratégica de informações, perspectivas, processos e resultados; (iv) uma ampla disposição dos participantes de chegar a respostas certas para as questões colocadas, mais do que de atender a seus interesses particulares. A exemplo de Dahl, Sunstein formula tais requisitos a partir de uma perspectiva weberiana: o sistema político que atenda em grau máximo a todas essas condições constitui um tipo ideal, não uma realidade empírica. A abordagem

⁴⁶ Como interferências ofensivas a tais princípios, Dworkin cita, no caso da soberania popular, leis que estabeleçam punições para o exercício da crítica às autoridades, e, no caso da igualdade política, a censura à manifestação de ideias que recebam desaprovação da maioria, por mais ofensivas que elas possam parecer (ex.: teorias racistas).

normativa da democracia implica, no entanto, que as instituições sejam organizadas de forma a buscar a maior aproximação possível desse ideal.

Se a concepção majoritarista se vale da metáfora de Oliver Holmes do livre mercado de ideias, é nas ideias de outro juiz da Suprema Corte norte-americana que a concepção co-participativa busca inspiração. Louis Brandeis, que integrou o Tribunal no mesmo período de Holmes, fundamentava sua defesa da liberdade de expressão nas funções que o processo de discussão e deliberação pode desempenhar no plano coletivo da autodeterminação democrática e no plano individual do desenvolvimento das faculdades humanas. Segundo Brandeis, a liberdade de expressão deveria ser considerada um meio para a realização da democracia deliberativa, mas também um fim em si mesmo, como qualquer outra liberdade. No plano coletivo, sua visão sobre a liberdade de expressão pode ser associada àquilo que Benjamin Constant denominou “liberdade dos antigos”, o direito de deter parcela da soberania, de tomar parte nos assuntos públicos e correspondentes deliberações. Não apenas um direito, mas também um dever. Com isso, pode-se filiar o pensamento de Brandeis à mesma tradição do Republicanismo que inspirou a redação dos *Federalist Papers*. Como assinalou em seu voto divergente no caso *Whitney v. California* (274 U.S. 357):

Aqueles que conquistaram nossa independência acreditavam que o fim último do Estado era tornar o homem livre para desenvolver suas faculdades, e que em seu governo as forças deliberativas deveriam prevalecer sobre a arbitrariedade. Eles valorizavam a liberdade tanto como um fim quanto como um meio. Acreditavam na liberdade como chave para a felicidade e na coragem como chave para a liberdade. Acreditavam, outrossim, que a liberdade de pensar aquilo que se queira e de falar aquilo que se pensa são meios indispensáveis para a descoberta e a difusão da verdade política; que sem a liberdade de expressão e de reunião, qualquer discussão seria fútil; que com elas, a discussão propiciaria adequada proteção contra a disseminação de doutrinas nocivas; que a maior ameaça à liberdade é um povo inerte; que a discussão pública é um dever político; e que isso deveria constituir um princípio fundamental do governo americano.

Se a garantia da liberdade de expressão tem por propósito oferecer condições para a autodeterminação popular, se a pluralidade de fontes de informação e a oportunidade de tomar parte no debate público são requisitos de uma sociedade democraticamente ordenada, os direitos associados àquela liberdade não podem se revestir unicamente de um caráter negativo. Os aludidos requisitos não são de ocorrência necessária. Ao contrário, na ausência de medidas regulatórias, a tendência de concentração no mercado de comunicação social pode levar à redução das oportunidades de participação efetiva de indivíduos e grupos sociais na esfera pública, o que não se coaduna com o ideal de democracia co-participativa.

Um regime de liberdade de expressão não é algo pré-estatal. A partir dessa premissa,

Sunstein conclui que a regulação do discurso é inevitável e que o livre mercado de ideias, se entendido como um espaço imune a ingerências estatais, é uma construção teórica descabida. Com uma postura crítica à tradição norte-americana a respeito da liberdade de expressão, o autor propõe que o pensamento jurídico sobre o tema seja reestruturado em moldes semelhantes aos da reviravolta ocorrida nos anos do *New Deal*.

3.3.3. O *New Deal* da liberdade de expressão

Segundo Sunstein, a desregulamentação do mercado comunicativo serve de modo muito insatisfatório aos propósitos madisonianos. Como exemplo dos problemas existentes no regime atual, pode ser citada a concessão de direitos de uso exclusivo de faixas do espectro eletromagnético a grandes empresas de comunicação. Ela constitui uma ofensa aos princípios da democracia deliberativa e da igualdade política, na medida em que pouco espaço é conferido ao debate de questões públicas, há pouca diversidade nos pontos de vista expostos e o acesso aos meios de comunicação depende do montante de recursos financeiros de que dispõe o expositor (SUNSTEIN, 1993, p. 40). Ante as deficiências do sistema atual, para a manutenção do qual as atuais doutrina e jurisprudência norte-americana muito contribuem, ao perfilharem a visão holmesiana do livre mercado de ideias, o autor propõe um *New Deal* para a liberdade de expressão.

Os esquemas interpretativos adotados pela Suprema Corte na decisão de questões envolvendo a Primeira Emenda, visivelmente hostis a quaisquer ações governamentais que impliquem algum tipo de redistribuição de direitos, são bastante semelhantes aos utilizados no período anterior ao *New Deal*. A compreensão do texto constitucional como um freio ao poder do Estado de disciplinar as relações sociais atingiu seu auge durante a chamada era Lochner (1905-1937), período no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de várias leis regulamentadoras das relações de trabalho, sob o argumento de que limitavam indevidamente a liberdade de contratar. De acordo com essa leitura da Constituição, medidas estatais que interferissem no *status quo* representavam violações do dever constitucional de neutralidade.

Os reformadores do *New Deal* demonstraram, contudo, que essa exegese do texto constitucional se assentava em uma ficção, por pressupor a distribuição de direitos vigente como algo natural e anterior ao Estado. Só assim se poderia sustentar a ilegitimidade de intervenções estatais que criassem um novo regime de direitos. Na verdade, tal distribuição, longe de ser obra da natureza, resultava de opções legislativas. O mercado existente era fruto de decisões políticas

que criaram leis para assegurar o seu funcionamento. Não seria possível conceber o mercado prescindindo-se de um arcabouço normativo disciplinador do direito de propriedade e das relações contratuais. A concepção do mercado como um espaço de interações voluntárias e de exercício da autonomia, que deveria permanecer totalmente livre de ingerência estatal, revelava-se equivocada, porquanto a ação estatal estava em sua própria gênese. Diante disso, perdia sentido o pleito por neutralidade estatal relativamente a um *status quo* cuja criação se deveu ao próprio Estado (SUNSTEIN, 1993, p. 31):

Os entendimentos tradicionais a respeito da “regulação” e da “intervenção governamental”, comuns no período anterior ao *New Deal*, afiguravam-se enganosos. O governo não agia apenas quando perturbava as distribuições existentes. O que as pessoas tinham, no mercado, era um função dos direitos que a lei lhes conferia. A então sustentada noção de *laissez-faire* revelava-se uma clara ficção. Mesmo em um sistema de livre mercado, não se podia dizer que o governo permanecia inerte. Ele alocava direitos de propriedade, decidia sobre o direito dos contratos e da responsabilidade por atos ilícitos. Na medida em que o direito de propriedade desempenhava um papel nos arranjos de mercado – e não poderia ser de outro modo – aqueles arranjos eram uma criação do ordenamento positivo, incluindo, em especial, a lei que dava a algumas pessoas o direito de excluir outras da terra e dos recursos a ela pertencentes.

Se a ação estatal podia ser reconhecida tanto na situação já existente quanto na proposta de um novo regime legal, o critério da neutralidade em face do *status quo* não deveria ser invocado para impedir intervenções governamentais, cuja legitimidade seria avaliada em razão de seu contributo para a realização dos objetivos constitucionais. Dizer que um novo regime seria restritivo da liberdade e, por isso mesmo, inconstitucional, significava ignorar que o mercado criado e mantido pelo Direito, também operava restrições à liberdade.

Estendendo o mesmo raciocínio à liberdade de expressão, Sunstein conclui que o estabelecimento de regulações e restrições ao discurso não necessariamente atua em prejuízo do sistema comunicativo com um todo, mas pode melhorar o seu funcionamento, criando um quadro onde haja mais liberdade de expressão e os fins constitucionais aos quais ela se associa sejam mais plenamente atingidos. Em um sistema que consagra a propriedade privada, não há que se falar em ausência de regulação do discurso. A pergunta a se fazer não é se deve haver regulação, mas como ela deva ser feita e com que propósitos. Sunstein propugna que a regulação da liberdade de expressão deve-se orientar por critérios que conduzam à realização dos objetivos madisonianos (reafirmados por Brandeis), associados às ideias de soberania popular e de democracia deliberativa.

Antes que a Suprema Corte se voltasse mais claramente para a abordagem da Primeira Emenda refratária a ações governamentais e mesmo à técnica de ponderação (*balancing*) no

deslinde de casos envolvendo a liberdade de expressão, ela chegou a adotar, em dois julgados da Corte de Warren, posicionamento notadamente compromissado com a interpretação madisoniana. Um deles foi o já citado *Red Lion* (395 U.S. 367), em que o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da *Fairness Doctrine*. Os fundamentos da decisão revelam sua inequívoca filiação à exegese discriminadora, ao afirmarem que: (i) o direito do detentor da licença para a prestação de serviços de radiodifusão não deveria prevalecer sobre o direito do público a receber informação adequada e ter acesso a variados pontos de vista sobre questões de interesse geral; (ii) “o discurso a respeito de assuntos públicos é mais do que autoexpressão, é a essência do autogoverno”; (iii) a liberdade da imprensa em face do poder estatal não significava uma autorização para a repressão a essa liberdade por interesses privados; (iv) a Primeira Emenda não poderia ser invocada para legitimar um monopólio incondicional de recursos escassos (as frequências do espectro eletromagnético), que permitisse ao licenciado impedir, em toda e qualquer hipótese, o uso de sua frequência por outras pessoas.

O outro caso foi *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254), de 1964, no qual a Corte entendeu que a indenização por danos à imagem provocados pela veiculação de informações inverídicas só tem cabimento, nos casos em que o ofendido for um agente público, quando demonstrada malícia real⁴⁷ da parte do órgão de imprensa. O Tribunal considerou as normas referentes à responsabilidade civil, naquele caso, uma restrição indevida à liberdade de expressão, pelo seu efeito dissuasório da veiculação de informações de interesse geral. Ao decidir dessa forma, a Corte afastou regras que compunham o *status quo* (as normas de responsabilidade civil da *common law*), para estabelecer um novo regime regulatório no tocante à liberdade de imprensa em matérias envolvendo agentes públicos. Recusando efeitos patrimoniais à divulgação de informações inverídicas, o novo regime impôs o sacrifício da reputação do ofendido em benefício da liberdade de imprensa. Como observa Sunstein, é como se o Estado consentisse com o confisco de parte da reputação da pessoa, para promover interesses vinculados à liberdade de expressão. Raciocínio semelhante poderia ser desenvolvido na solução de diversos outros casos nos quais estivesse em jogo o exercício dessa liberdade, como o direito de acesso aos meios técnicos que permitem a comunicação massiva, estruturas sobre as quais incide um direito de propriedade e prerrogativas de uso exclusivo (SUNSTEIN, 1993, p. 40).

⁴⁷ A malícia real se verifica quando o divulgador da notícia tem comprovado conhecimento da falsidade dos fatos ou uma irresponsável indiferença quanto à constatação de sua falsidade.

Boa parte do problema referente ao sistema de liberdade de expressão consiste na garantia governamental de proteção jurídica – direitos de uso exclusivo – a grandes instituições que dominam os processos discursivos. O governo concede licenças a canais de televisão, conferindo-lhes direitos de exclusão. Segundo suposições factuais plausíveis, tanto a deliberação política quanto a igualdade política ficam comprometidas em virtude disso. Não há deliberação política suficiente, porque a atenção a questões públicas é muito pouca, o mesmo se podendo dizer quanto à diversidade de pontos de vista. Também não há igualdade política, porque o acesso aos canais de comunicação populares é feito em função da capacidade financeira das pessoas que desejam se manifestar e da quantidade de dinheiro que os anunciantes estão dispostos a pagar pelos espaços publicitários que acompanham o discurso em questão.

Mesmo que se adote uma ótica de que a Constituição prevê apenas direitos negativos (direitos de defesa), Sunstein assinala ser possível a proposta de um novo regime regulatório da liberdade de expressão, pois a ação estatal consistente no estabelecimento e na efetivação de direitos de propriedade, na forma como existem atualmente, pode ser interpretada como uma interferência inconstitucional na liberdade de expressão. Demais disso, carece de sentido a própria ideia de que os direitos fundamentais protegidos pelo Estado Liberal têm natureza exclusivamente negativa, exigindo do poder público apenas a observância de um dever de não-intervenção na esfera de liberdade do indivíduo. Ilustrativamente, o complexo de direitos que caracterizam a propriedade envolve não apenas deveres estatais de abstenção, mas também típicas prestações estatais, como medidas repressivas do esbulho possessório. Ou, como no exemplo dado por Sunstein, o Estado tem o dever de promover a segurança do orador em face de um público hostil, de modo a garantir que ele possa exercer sua liberdade de expressão.

Como visto, a existência de direitos a prestações no âmbito da comunicação social pode ser justificada tanto sob uma perspectiva subjetiva, de concretização de direitos fundamentais, quanto sob uma perspectiva objetiva, de realização de valores constitucionais. A invocação genérica da liberdade de expressão dos controladores dos meios de comunicação não se presta, por si só, para afastar a possibilidade de o Estado estabelecer condicionamentos à atividade por eles desempenhada, exatamente porque do outro lado existem direitos fundamentais e bens constitucionais a serem protegidos.⁴⁸ À luz dessa realidade, é legítimo sustentar que o sentido jurídico da liberdade de expressão (bem como o alcance das restrições a ela) “deve ser construído a partir desse seu caráter bifronte (i.e. enquanto direito subjetivo individual e garantia da

⁴⁸ Nesse sentido, a manifestação do Ministro Cezar Peluso, no julgamento da ADPF nº 130 (DJ de 06.11.2009), ao assinalar que a liberdade de imprensa não deve, no ordenamento constitucional brasileiro, ser interpretada com uma “largueza absoluta” e uma “invulnerabilidade unimoda”. A ela se aplicam não apenas as restrições literais expressas no texto da Carta de 1988, mas também as decorrentes de seus próprios “limites conceitual-constitucionais”.

existência de um pluralismo sem o qual não seria possível a estruturação de um Estado democrático)” (FARACO, 2002, p. 101). A previsão de restrições à liberdade de alguns será imperiosa para se lograr a preservação de determinados valores constitucionais e o oferecimento de oportunidades de exercício da mesma liberdade por outros.

Analisada a liberdade de expressão sob a ótica subjetiva, cabe ressaltar que, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a proteção das liberdades fundamentais deixou de apresentar um aspecto puramente negativo, de vedação de condutas estatais lesivas de tais liberdades, para incorporar também uma dimensão positiva, a partir da constatação de que: (i) o valor de uma liberdade para o indivíduo está diretamente vinculado às possibilidades concretas de adoção dos distintos cursos de ação a ela inerentes; (ii) tais possibilidades podem ser limitadas não apenas por intervenções do Estado, mas também por ações de outros indivíduos ou por carências do próprio titular da liberdade; (iii) se a criação de direitos de defesa se presta a proteger as liberdades contra a primeira espécie de fator impediante de seu exercício, a proteção contra os dois outros requer a criação de direitos a prestações estatais. As liberdades de comunicação, tanto do emissor quanto do receptor de mensagens, perdem muito de seu valor quando o indivíduo não dispõe de condições concretas de adotar os diferentes cursos de ação relacionados a tais liberdades. É o que ocorre, por exemplo, quando o Estado assegura formalmente a liberdade de divulgação de ideários políticos, mas não adota qualquer medida no sentido de oferecer condições aos titulares da liberdade para se fazerem ouvidos, numa sociedade onde a comunicação na esfera pública depende fundamentalmente do acesso a meios técnicos de comunicação massiva.

Na ótica da realização de valores objetivos, a existência de direitos prestacionais na comunicação social se revela essencial para assegurar o funcionamento do regime democrático, que pressupõe o pluralismo político, a possibilidade de expressão das variadas correntes de opinião e o acesso a fontes de informação diversificadas. Como assentado na jurisprudência do TCF alemão, não há como dissociar o exercício da soberania popular da garantia de um processo de formação da opinião pública livre de constrições, partam elas do Estado ou dos poderes sociais e econômicos, e do qual participem os diferentes grupos representativos de parcelas da sociedade. A dúplice função dos direitos prestacionais de comunicação é enfatizada pelo TCF no julgamento do caso *Leipziger Volkszeitung Entscheidung* (BverfGE 27, 71):

Para a liberdade de informação, tal como garantida pelo art. 5º, I, n. 1, da Lei Fundamental, dois componentes são de fundamental importância. Em primeiro lugar, há a relação com o princípio democrático do art. 20, I: um estado democrático não pode existir sem uma opinião pública livre e bem informada. Além disso, a liberdade de informação revela um componente jurídico individual, derivado dos arts. 1º e 2º, I, da Lei Fundamental. Informar-se de tantas fontes quantas for possível, ampliar o próprio conhecimento e, deste modo, desenvolver a própria personalidade constituem necessidades elementares do homem. Ademais, na sociedade moderna e industrializada, a posse de informação é de fundamental importância para determinar a posição social do indivíduo. Tal como o direito fundamental à liberdade de expressão, o direito fundamental à liberdade de informação é um dos mais importantes pre-requisitos para a democracia (cf. BVerfGE 7, 198 (208)). Somente com a ajuda deste último o cidadão se põe na condição de criar, por si próprio, as condições necessárias ao exercício de suas tarefas pessoais e políticas, sendo capaz de agir responsabilmente no sentido democrático. Quanto mais informado for, mais o cidadão reconhecerá a interação na política e a importância desta para a sua própria existência, tornando-se mais apto para extrair disso suas próprias conclusões; sua liberdade de exercício da coresponsabilidade e formular críticas cresce nessas condições. E, não menos importante, a informação permite que o indivíduo tome contato com as opiniões dos outros e compare umas com as outras, eliminando preconceitos e desenvolvendo tolerância em relação àqueles que não pensam como ele.

No capítulo seguinte, será analisada a regulação dos meios de comunicação nos EUA, especialmente no tocante aos direitos de acesso e às normas contra a concentração de propriedade no setor da mídia. As mudanças havidas na jurisprudência da Suprema Corte e na legislação sobre o tema nas últimas décadas evidenciam um progressivo distanciamento do modelo de democracia co-participativa e da concepção discriminadora que vê na liberdade de expressão um poderoso instrumento de promoção da igualdade política.

CAPÍTULO IV

A REGULÇÃO DA MÍDIA NOS EUA

A análise da experiência norte-americana de regulação da mídia, em especial da radiodifusão, reveste-se de importância para a compreensão do modelo adotado no Brasil e das razões de fracasso da legislação brasileira em atingir os objetivos constitucionalmente fixados para comunicação social. Desde o início da exploração dos serviços de radiodifusão, o Brasil, seguindo o exemplo norte-americano, adotou o *trusteeship model*, caracterizado pela outorga da prestação a particulares. No entanto, diversamente do que ocorreu nos EUA, a legislação brasileira foi omissa em prever medidas para coibir a concentração na mídia e assegurar o pluralismo. Medidas nesse sentido foram adotadas nos EUA desde os primeiros anos de atividade da agência independente criada para regular a radiodifusão, a *Federal Communications Commission* (FCC).

No cumprimento de suas funções, a FCC se orientou segundo dois eixos principais: a regulação de conteúdo e a regulação estrutural. O mais importante exemplo de política regulatória relacionada ao conteúdo e destinada a promover o pluralismo nas comunicações foi a *Fairness Doctrine*. Já por meio da regulação estrutural, buscou-se atingir o mesmo objetivo de um modo mais indireto: pelo estabelecimento de limites à concentração econômica no setor da comunicação social.

1. A busca da diversidade pela regulação de conteúdo

A história da regulação de conteúdo com o fito de assegurar o pluralismo na mídia nos EUA se confunde com a história da *Fairness Doctrine* e dos direitos de acesso aos meios de comunicação. Em um primeiro período, houve a afirmação, pela FCC, dessa política regulatória e dos direitos a ela relacionados, bem como a confirmação de sua constitucionalidade pela Suprema Corte. A partir da década de 1970, teve início um movimento de inflexão, que coincidiu com o predomínio de governos republicanos em nível federal e de ideias de redução do tamanho do Estado e desregulamentação, que atingiram seu auge na década seguinte, durante o governo Reagan. Nesse período, a Suprema Corte trilhou um caminho cada vez mais comprometido com a visão da Primeira Emenda avessa à ação estatal, manifestando-se contrária à existência de diversas modalidades de direitos de acesso, muito embora não tenha expressamente declarado a inconstitucionalidade da *Fairness Doctrine*. Antes que isso ocorresse, a própria FCC, constituída

por uma maioria de membros simpáticos à orientação neoliberal prevalecente, revogou os dispositivos regulamentares que mandavam a aplicar a doutrina.

1.1 Surgimento e desenvolvimento dos direitos de acesso

As discussões em torno do direito de acesso nos EUA se iniciaram logo na primeira legislação reguladora da radiodifusão, o *Radio Act*, de 1927, que atribuiu competência *Federal Radio Commission* (FRC) para disciplinar o uso das ondas herzianas em função do interesse, necessidade ou conveniência pública, sob um regime de licenciamento. No caso *Great Lakes Broadcasting Co.* (3 *FRC Annual Report* 32), de 1929, a FRC decidiu que as emissoras deveriam atender às necessidades de todos os grupos substanciais do público ouvinte, com uma programação variada, que envolvesse questões de interesse público e desse oportunidade a uma livre e justa exposição de pontos de vista rivais. O atendimento dessa obrigação deveria ser levado em conta em posteriores renovações da licença de transmissão, tendo a FRC, em alguns casos, deixado de renovar licenças por descumprimento desse dever por parte da emissora postulante.

Em 1934, foi aprovado pelo Congresso o *Communications Act*, em substituição ao *Radio Act*, transformando a FRC na *Federal Communications Commission* (FCC), composta por sete membros com mandato de sete anos, nomeados pelo Presidente da República, dos quais não mais do que quatro poderiam pertencer a um mesmo partido político. O regime de atribuição de frequências a operadores privados foi mantido, com concessão de licenças por período não superior a três anos, renováveis, tendo a Comissão poderes para emitir normas de regulação dos serviços, bem como para fiscalizar a sua execução, observados a conveniência, a necessidade e o interesse públicos. O ato deixou a critério dos licenciados a venda de tempo de transmissão para propaganda eleitoral.⁴⁹ Entretanto, de acordo com a sua Seção 315 (*equal time provision*), ao oferecer tempo para algum candidato, a emissora obrigava-se a garantir iguais oportunidades a todos os demais, não apenas quanto ao tempo de exibição, mas também quanto à equivalência de público.⁵⁰

⁴⁹ Em 1971, o Congresso alterou a Seção 312 do *Communications Act*, para prever como causa de revogação da licença de radiodifusão a dolosa ou repetida omissão em permitir acesso razoável ou a compra de tempo na programação, para uso por parte de candidatos a cargos eletivos federais (*reasonable access clause*).

⁵⁰ Em 1959, o Congresso aprovou emendas à Seção 315 do *Communications Act*, excluindo da aplicação da regra, desde que caracterizada a boa-fé, os programas de notícias, de entrevistas, documentários e as transmissões ao vivo de eventos de interesse público que envolvessem candidatos.

Valendo-se de sua competência regulatória conferida pelo *Communications Act*, a FCC desenvolveu, a partir de sucessivas decisões administrativas, a *Fairness Doctrine*, que estabelecia duas exigências básicas para as emissoras: (i) a reserva de uma parcela razoável do tempo de transmissão para a discussão de questões controversas de importância pública; (ii) no atendimento da primeira exigência, o oferecimento de oportunidade para a exposição dos diversos pontos de vista contrastantes sobre o tema abordado.⁵¹ A justificativa para tais medidas era assegurar que o público tivesse acesso a informações relevantes, bem como aos variados pontos de vista existentes sobre assuntos de interesse público, evitando que as emissoras utilizassem seus direitos de exclusividade na tentativa de dirigir a opinião pública. O descumprimento reiterado dessa obrigação poderia conduzir à recusa de renovação da licença pela FCC, como se deu no caso *United Broadcasting Co.* (10 FCC 515), em 1945. A partir de 1964, a FCC disciplinou um procedimento de reclamação por descumprimento da *Fairness Doctrine*, que poderia ser iniciado por qualquer indivíduo (RIVERA, 2004, p. 18).

Outros dois preceitos associados à *Fairness Doctrine* e introduzidos em 1967 no *Code of Federal Regulations*, uma compilação de normas editadas pelos departamentos e agências do Poder Executivo, foram a regra do ataque pessoal (*personal attack rule*) e a do editorial de conteúdo político (*political editorial rule*). De acordo com a primeira, sempre que, na apresentação de questões controversas de importância pública a honestidade, o caráter ou a integridade de uma determinada pessoa ou grupo fosse atacada, a emissora deveria comunicar-lhe o ocorrido, no prazo máximo de uma semana, fornecendo-lhe a transcrição ou uma gravação do programa e lhe oferecendo oportunidade para resposta, sem ônus. Tratava-se, pois, de uma espécie de direito de resposta. Não tinha aplicação, porém, nos seguintes casos: (i) ataques de candidatos ou suas equipes a outros candidatos, durante as campanhas eleitorais; (ii) ataques a figuras públicas estrangeiras ou grupos estrangeiros; (iii) ataques realizados em programas de notícias ou durante transmissões ao vivo de eventos de interesse público. De seu turno, a regra do editorial de conteúdo político estipulava que, quando uma emissora veiculasse editorial apoiando um determinado candidato a cargo eletivo, deveria notificar os postulantes ao mesmo posto para, em assim querendo, oferecer resposta.

⁵¹ Esse posicionamento da FCC foi exposto de forma mais sistemática em dois relatórios: *Editorializing by Broadcast Licensees* (13 FCC 1246), de 1949, e *Applicability of the fairness doctrine in the handling of controversial issues of public importance* (40 FCC 598), de 1964.

Em 1969, a questão sobre a constitucionalidade da *Fairness Doctrine* foi levada à Suprema Corte. A emissora de rádio *Red Lion* havia veiculado um programa com duras críticas pessoais ao escritor Fred Cook e se recusado a oferecer-lhe tempo para resposta. Feita a reclamação junto à FCC, a Comissão entendeu ter havido descumprimento da *Fairness Doctrine* e da regra do ataque pessoal e determinou à emissora que disponibilizasse tempo gratuitamente ao ofendido, para sua resposta. A empresa ingressou no Poder Judiciário, alegando que a imposição feria sua liberdade de expressão, garantida pela Primeira Emenda. Confirmada a decisão administrativa nas instâncias inferiores do Judiciário, o caso foi submetido à Suprema Corte, que, em decisão unânime, reconheceu a constitucionalidade da *Fairness Doctrine* (*Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367).

No julgamento, o Tribunal adotou uma postura francamente alinhada à corrente interpretativa de inspiração madisoniana, que enfatiza o papel da Primeira Emenda na realização do ideal de democracia deliberativa. Em primeiro lugar, a Corte reconheceu a legitimidade do poder regulatório do Estado na radiodifusão, tendo em vista as peculiaridades dessa forma de comunicação. A escassez de frequências tornava imperiosa a intervenção estatal para evitar a situação caótica de cacofonia que poderia advir da ausência de regras de utilização do espectro eletromagnético, o que resultaria em prejuízo à própria liberdade de expressão. Como ressaltou o juiz White, em seu voto: “seria estranho que a Primeira Emenda, criada para proteger e estimular a comunicação, impedisse o governo de tornar a comunicação por rádio possível pela exigência de licenças para radiodifusão e pela limitação do número de licenças, com o objetivo de não saturar o espectro”.

Ademais, a prescrição constante no *Communications Act* para que a FCC regulasse o setor em conformidade com o interesse público era fundamento para o corpo de regras que constituía a *Fairness Doctrine*, porquanto, “na radiodifusão, o ‘interesse público’ envolve claramente a apresentação de um vigoroso debate sobre questões controvertidas de importância para os ouvintes ou telespectadores”. A conclusão de que a FCC estava investida no poder de impor às emissoras as regras da *Fairness Doctrine* era reforçada pela alteração promovida em 1959, pelo Congresso, na Seção 315 do referido ato, a qual, conquanto versasse especificamente sobre o tratamento equitativo de candidatos a cargos eletivos pelas emissoras, estabelecia um dever genérico de os detentores das licenças de radiodifusão proporcionarem oportunidades razoáveis para a discussão de visões conflitantes sobre questões de importância pública.

Ainda segundo uma linha madisoniana, a Corte enfatizou o caráter público da função desempenhada pelas emissoras e a prevalência do direito dos espectadores sobre o das empresas de radiodifusão, o que, em outras palavras, importa uma primazia da função democrática da liberdade de expressão sobre a de autoexpressão individual, na comunicação social:

Não há nada na Primeira Emenda que proíba o governo de exigir que o detentor da licença divida o uso de sua frequência com outros e se comporte como um procurador ou fiduciário, com obrigação de apresentar aquelas visões e vozes representativas da comunidade e que, caso contrário, seriam necessariamente barradas dessa forma de comunicação. [...]

Em virtude da escassez das frequências de rádio, é dado ao governo impor restrições aos detentores das licenças, em favor de outros cujas visões deveriam ser expressas por esse único meio. Mas a população como um todo retém seu interesse na liberdade de expressão pelo rádio e o seu direito coletivo a ter o meio funcionando de maneira consistente com os fins e propósitos da Primeira Emenda. O direito primordial é o do público, e não o das emissoras. [...] A Primeira Emenda tem o propósito de preservar um desinibido mercado de ideias, no qual a verdade prevalecerá ao fim, e não o de favorecer a monopolização daquele mercado, seja pelo governo, seja por um licenciado privado. [...] O discurso a respeito de assuntos públicos é mais do que autoexpressão: é a essência do autogoverno.

Na distribuição de um recurso escasso – asseriu o Tribunal – o Estado não estava impedido de reservar para cada indivíduo uma fração de tempo numa determinada frequência. Em lugar disso, adotou um regime, mais viável economicamente, de atribuição de uso exclusivo das frequências por operadores individuais, com as atenuações decorrentes da *Fairness Doctrine*, algo muito menos drástico do que a outra solução mencionada. Tratava-se, pois, de um regime regulatório cuja constitucionalidade deveria ser aferida em razão de seu resultado global sobre a liberdade de expressão – tal como modernamente propugna Sunstein. Ora, se a própria recusa de concessão de uma licença não significa necessariamente uma ofensa à liberdade de expressão, e se tal liberdade não inclui o direito ao uso de equipamentos para radiodifusão sem prévia licença (*National Broadcasting Co. v. United States*, 319 U.S. 190), o estabelecimento de condições razoáveis a serem observadas pelos licenciados, consentâneas com as finalidades da Primeira Emenda, também não poderia ser considerado inconstitucional. Como reconheceu a Corte, a liberdade de expressão das emissoras não podia, dada a escassez do espectro eletromagnético, ser comparada ao direito de cada pessoa de falar, escrever ou publicar material impresso.

O regime de direitos de propriedade (ou de uso exclusivo) na área da comunicação de massa deveria ser conformado segundo padrões que satisfizessem os propósitos democráticos da Primeira Emenda, como se pode inferir do seguinte excerto do voto condutor:

[A] Primeira Emenda não confere aos detentores das licenças qualquer direito para

impedir que outras pessoas utilizem suas frequências ou para monopolizar, de modo incondicional, um recurso escasso cujo direito de uso por outros foi negado pelo governo. [...]

Não podemos dizer que seja inconsistente com o objetivo da Primeira Emenda de produzir um público informado, capaz de autogovernar-se, a exigência, dirigida a uma emissora, no sentido de permitir respostas a ataques pessoais veiculados no curso de uma discussão sobre questões controversas, ou de dar oportunidade a opositores políticos de quem seja apoiado pela emissora comunicarem-se com o público. De outro modo, os proprietários das emissoras e das poucas redes de comunicação teriam um poder irrestrito para disponibilizar tempo somente aos maiores ofertantes, para comunicar apenas suas próprias visões sobre questões públicas, pessoas e candidatos, e para permitir a participação exclusivamente daqueles com quem concordassem. A Primeira Emenda não é um santuário para a censura privada ilimitada operando em um meio não aberto a todos.

Mesmo em um cenário no qual o problema da escassez do espectro eletromagnético fosse mitigado e um número cada vez maior de interessados tivesse acesso a frequências para transmissão, subsistiriam, segundo o Tribunal, vantagens comparativas das emissoras já em atividade, consistentes em uma longa experiência em transmissões, em hábitos consolidados dos espectadores, em redes de emissoras afiliadas. Tais vantagens decorreriam de uma “posição preferencial conferida pelo governo” às emissoras existentes. Assim, a mera ampliação do universo de empresas de radiodifusão não seria, por si só, motivo para invalidar medidas governamentais como a *Fairness Doctrine*.

Sobre a possibilidade de que, à vista das regras do ataque pessoal e do editorial de conteúdo político, as emissoras se mostrassem relutantes em apresentar ao público questões controversas, caracterizando-se uma espécie de autocensura protetiva, a Corte advertiu tratar-se de um argumento meramente especulativo, desprovido de evidências concretas ao longo dos anos de vigência da regulação. Ademais, caso isso ocorresse, a FCC dispunha de poderes para coibir a prática.

Em resumo, a decisão da Suprema Corte no caso *Red Lion* assentou que: (i) o exercício da liberdade de expressão na radiodifusão possui peculiaridades que o distinguem da liberdade de expressão em geral; (ii) a intervenção estatal na radiodifusão é essencial para viabilizar o exercício da liberdade de expressão por esse meio, dada a escassez de frequências; (iii) mesmo na hipótese de que os desenvolvimentos tecnológicos permitam aumentar o número de emissoras, nem por isso a regulação estatal será desautorizada, pois, ao criar direitos exclusivos de uso de frequências em um cenário de escassez, o Estado concede vantagens comparativas para as emissoras existentes em face de novos entrantes; (iv) entre os objetivos da Primeira Emenda, destaca-se o da promoção de um amplo debate sobre questões públicas, no qual os pontos de vista

existentes possam ser apresentados à população, como condição para o processo de deliberação democrática; (v) para a realização desse objetivo, o Estado pode adotar medidas que evitem a formação de monopólios na radiodifusão e que limitem os direitos de exclusividade das emissoras, assegurando maior pluralismo no setor, uma vez que o direito do público à informação abrangente e variada tem prevalência sobre o direito das emissoras.

1.2. A revogação da *Fairness Doctrine* e o cenário atual

1.2.1. O caso *CBS v. DNC*

Quatro anos após a decisão em *Red Lion*, já na era Burger, outro caso envolvendo o direito de acesso aos meios de comunicação foi levado à Suprema Corte, desta vez com desfecho distinto. Tratava-se da recusa da emissora *Columbia Broadcasting System* (CBS) de veicular propaganda patrocinada pelo *Democratic National Committee* (DNC), contrária à atuação dos EUA na Guerra do Vietnã, sob a alegação de que seria inviável tratar de um tema tão complexo em um tempo reduzido de um minuto. No âmbito administrativo, a FCC se pronunciou contra o pleito do DNC. O Tribunal de Apelações do Distrito de Colúmbia, contudo, considerou que a conduta da CBS violava a Constituição, por basear-se numa política de proibição total de propagandas sobre questões de interesse público, ao tempo em que admitia a propaganda de caráter comercial.

Ao examinar a questão (*CBS v. DNC*, 412 U.S. 94), a Suprema Corte, a despeito de reconhecer que a política de radiodifusão deve ser orientada para a satisfação do direito do público de ser informado⁵² e para evitar que qualquer indivíduo ou grupo privado monopolize o uso do espectro eletromagnético, recusou a existência de um direito de acesso para cada pessoa que deseje se manifestar sobre questões de interesse público. Ademais, entendeu que o conceito

⁵² Nesse sentido, o Tribunal vislumbrou uma diferença entre a radiodifusão e a imprensa escrita, atribuindo a esta última um grau de liberdade jornalística superior ao das emissoras de rádio e televisão, cujo papel de *public trustees* foi reafirmado, basicamente em razão da escassez do espectro eletromagnético. Esse mesmo raciocínio foi desenvolvido, como se verá adiante, no caso *Miami Herald v. Tornillo*. Fundamentação semelhante foi utilizada pelo TCF alemão para justificar a regulação da radiodifusão. Na *1. Rundfunkentscheidung*, de 1961, o Tribunal observou: “embora seja incorreto dizer que editoras de jornais, gráficas de jornais e os próprios jornais possam ser fundados e operados em número ilimitado, há uma diferença entre a imprensa e a radiodifusão, consistente no fato de que na imprensa alemã, tomada como um todo, existe um número relativamente grande de publicações independentes que competem entre si quanto à tendência, coloração política ou postura ideológica, ao passo que, no setor de radiodifusão, o número de responsáveis pelas produções deve continuar relativamente pequeno, tanto por razões técnicas, quanto em virtude do investimento extremamente alto exigido nessa atividade. Essa situação especial no setor de radiodifusão reclama medidas específicas com o fito de concretizar e manter a liberdade de radiodifusão garantida pelo art. 5º, 1, da Lei Fundamental.”

de “interesse público” constante do *Communications Act*, além de não envolver uma obrigação das emissoras de aceitar anúncios de conteúdo opinativo, assegurava-lhes um grau substantivo de discricção jornalística na escolha daquilo que é veiculado.

A Corte observou também que uma política de acesso obrigatório para quem se disponha a pagar pelo tempo de utilização da frequência poderia conduzir ao monopólio das transmissões por parte de quem tivesse recursos financeiros para arcar com os respectivos custos, em prejuízo aos objetivos da *Fairness Doctrine*.

Por fim, o Tribunal rejeitou a ideia de que as recusas da emissora de veicular a propaganda e da FCC de exigir a transmissão pudessem constituir *state actions*, para fins de aferição de sua constitucionalidade. Quanto à emissora, entendeu que ela não pode ser equiparada ao Estado. Já com respeito à FCC, considerou que a Primeira Emenda veda apenas ações estatais dirigidas a restringir a liberdade de expressão e não omissões estatais. Desse tipo de raciocínio, pode-se inferir que, de acordo com a decisão em *CBS v. DCN*, a *Fairness Doctrine* seria uma orientação constitucionalmente legítima, mas não constitucionalmente obrigatória.

Em votos divergentes, os juízes Brennan e Marshall, a partir de uma concepção co-participativa da democracia, sustentaram que a Primeira Emenda protege não apenas o direito do público de ter acesso a visões distintas sobre assuntos relevantes, mas também o direito dos indivíduos de tomar parte no debate público promovido pelo rádio e pela televisão. E, ao ponderar os interesses conflitantes das emissoras, do público e dos indivíduos desejosos de expressar suas opiniões, poder-se-ia concluir que uma política que conferisse ampla discricionarieidade às emissoras, longe de promover o debate de questões públicas, atuaria no sentido de inibi-lo. Rejeitando uma interpretação da *Fairness Doctrine* que conferisse ampla discricionarieidade às emissoras, a dissidência observou:

[A] confiança da Corte na *Fairness Doctrine* como uma alternativa adequada à propaganda de conteúdo editorial superestima seriamente a habilidade – ou disposição – das emissoras para expor ao público “a disseminação de informação mais ampla possível de fontes diversas e antagônicas”. Como notou o Professor Jaffe, “há uma considerável possibilidade de a emissora exercer autocensura em grande extensão e procurar evitar, o quanto possível, o tratamento de questões controvertidas”. De fato, tendo em vista o forte interesse das emissoras de maximizar sua audiência e, portanto, seus lucros, é quase uma ingenuidade esperar que a maioria das emissoras produza material variado e controvertido necessário para refletir um espectro completo de pontos de vista. Dito de forma simples, consumidores irritados não são bons consumidores, e, no mundo comercial da comunicação de massa, é mau negócio expor – ou mesmo deixar que outros exponham aquilo que é heterodoxo ou controverso.

A interpretação da Corte de que a Primeira Emenda impõe vedação apenas contra ações estatais pode ser criticada de diversas formas. Em primeiro lugar, como já acentuado, mesmo sob uma perspectiva essencialmente liberal, é possível extrair de normas estatuidoras de direitos fundamentais de primeira geração deveres estatais de realizar determinadas ações. Dificilmente se negaria a existência de uma obrigação do Estado de proteger o discurso proferido perante uma plateia hostil. Além disso, em diversas ocasiões, a Corte admitiu a equiparação de agentes privados ao Estado, quando se tratasse de prestadores de serviços públicos ou quando eles estivessem investidos de um poder conferido pelas autoridades estatais. Ora, as emissoras detêm direitos de uso exclusivo de frequência do espectro eletromagnético concedidos pelo Estado e, no entendimento do próprio Tribunal, constituem *public trustees*. Na verdade, como adverte Sunstein, o poder de censura detido pelas emissoras existe em virtude de uma ação estatal.

1.2.2. O caso *Miami Herald v. Tornillo*

Em 1974, novo caso relacionado ao direito de acesso foi examinado pela Suprema Corte. Nessa oportunidade, discutiu-se a constitucionalidade do direito de resposta em face da mídia impressa. O jornal *Miami Herald* havia publicado um editorial com ataques a Pat Tornillo, um candidato a cargo eletivo no Estado da Flórida. Com base em lei estadual que previa o direito de resposta em razão de ataques pessoais, o candidato solicitou espaço no jornal para rebater as críticas, não tendo sido atendido. Levada a questão ao Poder Judiciário, a corte estadual reconheceu o direito do ofendido, ressaltando que o dispositivo da lei estadual era consentâneo com a Primeira Emenda, por contribuir com o livre fluxo de informações.

Submetido o caso à Suprema Corte (*Miami Herald v. Tornillo*, 418 U.S. 241), o Tribunal decidiu, por unanimidade, ser inconstitucional a lei da Flórida, argumentando que: (i) um comando estatal no sentido de que se publique determinado conteúdo assemelha-se, para fins de proibição constitucional, a um que proíba a publicação de matérias, porquanto o espaço dedicado à publicação compulsória poderia ser utilizado pelo jornal para veicular outro conteúdo; (ii) a lei estabelecia uma penalidade para a imprensa, com base no conteúdo, por importar, para o jornal, custos de publicação da resposta, em razão de opiniões nele expressas; (iii) mesmo que a publicação da resposta não acarretasse custos para o jornal, a inconstitucionalidade subsistiria, pois a empresa jornalística não poderia ser forçada a publicar algo contra sua vontade, com violação da independência editorial.

No voto condutor da decisão, foi assinalado que somente dois fatores podem limitar o poder da imprensa de escolher determinada linha editorial: de um lado, a aceitação dos leitores e anunciantes, e, de outro, a integridade jornalística de seus editores. Assim, “embora a uma imprensa responsável seja seguramente um objetivo desejável, a responsabilidade da imprensa não é exigida pela Constituição e, como muitas outras virtudes, não pode ser objeto de legislação”. Argumentou-se também que as disposições da lei estadual poderiam ter um dissuasório (*chilling effect*) sobre a imprensa, estimulando uma postura de aversão ao tratamento de questões controversas.

É digno de nota que, em momento algum, a deliberação da Corte em *Tornillo* tenha feito qualquer referência ao julgamento de *Red Lion*, o qual se fundamentou em razões flagrantemente opostas às então invocadas. Certamente, pode-se aduzir que *Red Lion* versava sobre o acesso à mídia eletrônica, cujas características diferem das da imprensa. Um dos fundamentos de *Red Lion* foi justamente a escassez de frequências, que levava à necessidade de algum tipo de regulação estatal de seu uso. O mesmo não ocorreria, em tese, com a mídia impressa, sendo livre a criação de jornais. Entretanto, como asseverou a defesa de *Tornillo*, com argumentos transcritos no relatório da decisão do caso (418 U.S. 241):

[Q]uando da ratificação da Primeira Emenda, em 1791, como parte do *Bill of Rights*, a imprensa era amplamente representativa do público a que ela servia. Se muitos jornais eram intensamente partidários e estreitos em suas visões, a imprensa apresentava coletivamente um amplo espectro de opiniões dos leitores. A entrada no mercado de publicações era barata; panfletos e livros proporcionavam alternativas substanciais à imprensa organizada para a expressão de ideias impopulares, e frequentemente tratavam eventos e expressavam visões não divulgadas pelos jornais convencionais. Um verdadeiro mercado de ideias existia e havia um acesso relativamente fácil aos canais de comunicação.

Quem advoga o direito de acesso sustenta que, embora os atuais jornais sejam superficialmente similares aos de 1791, a imprensa de hoje constitui uma realidade bastante diversa daquela dos primeiros anos de existência da nação. Nos últimos cinquenta anos, operou-se uma revolução nas comunicações, com a introdução do rádio e da televisão em nossas vidas, a promessa de uma comunidade global através do uso de satélites de comunicação e o espectro de uma nação conectada, graças a uma crescente rede de televisão a cabo, com capacidade de comunicação bilateral. A imprensa escrita não escapou dos efeitos dessa revolução. Jornais se tornaram grandes negócios e há muito menos deles para servir uma população alfabetizada maior. Cadeias de jornais, jornais nacionais, serviços nacionais de notícias e de comunicação por cabo, e cidades com um único jornal são as características dominantes de uma imprensa que se tornou não-competitiva e enormemente poderosa e influente em sua capacidade de manipular a opinião popular e mudar o curso dos acontecimentos. [...]

O resultado dessas grandes mudanças foi o de concentrar em poucas mãos o poder de informar o povo americano e de modelar a opinião pública. As opiniões em editoriais e comentários publicados são, em grande parte, aquelas dos colunistas das cadeias de jornais distribuídos nacionalmente e, em razão disso, tende a haver uma homogeneidade de opiniões, comentários e análise interpretativa sobre as questões nacionais e internacionais. Ademais, o abuso

de reportagens tendenciosas e manipulativas é o resultado da enorme acumulação de um poder incontrolável nos modernos impérios midiáticos.

As restrições de acesso à atividade de comunicação não decorrem apenas limitações explicáveis por razões técnicas. O volume de investimentos exigido de quem quer ingressar no mercado também pode contribuir para a consolidação de monopólios e oligopólios. A Comissão Hutchins já havia alertado, trinta anos antes, para a tendência de concentração dos meios de comunicação. Ademais, tal tendência não é necessariamente a única justificativa para a intervenção estatal no setor das comunicações. Mesmo em um cenário em que o número de veículos de comunicação seja grande, é possível que não se verifique verdadeiro pluralismo.⁵³

Bollinger (1976, p. 2; 1990, p. 365) entende a decisão da Suprema Corte em *Tornillo* como uma espécie de solução de compromisso, que teria efeitos benéficos sobre o sistema da liberdade de expressão. Ao recusar a possibilidade de aplicação da *Fairness Doctrine* à mídia impressa, a Corte teria cancelado um regime dual, que mitigaria os riscos decorrentes da adoção de um tratamento uniformizado a todos os meios de comunicação. De um lado, a *Fairness Doctrine* asseguraria o pluralismo na radiodifusão. De outro, o interdito à regulação estatal da mídia impressa potencializaria o seu papel fiscalizador das ações do governo, sobretudo quanto a tentativas de restringir a liberdade de expressão.

A análise de Bollinger é, no entanto, destituída de base empírica. Não se pode definir abstratamente que os objetivos da Primeira Emenda serão satisfatoriamente alcançados pela segmentação de regimes na forma sugerida. Se a ausência de direitos de acesso na radiodifusão é nociva ao pluralismo democrático, não há razões para recusar a adoção das mesmas regras em uma mídia impressa oligopolizada. E se uma maior regulação da mídia pode ensejar riscos de uso arbitrário dos poderes estatais para silenciar os meios de comunicação, esse risco não é menor na radiodifusão do que na mídia impressa (SUNSTEIN, 1993, p. 110). Além disso, a proposta do regime dual não explica por que a *Fairness Doctrine* deveria ser reservada à radiodifusão e o regime menos intervencionista à mídia impressa, principalmente se levando em conta as diferentes penetrações da televisão e dos jornais. O próprio Bollinger procura resolver a questão com o argumento de que a escolha do meio ao qual se aplicariam os direitos de acesso constituiria matéria entregue à liberdade de conformação do legislador.

⁵³ Cf. Seção 2.4 deste Capítulo.

Constituições como a brasileira e a portuguesa, estabelecem diferenças de tratamento entre a mídia impressa e a eletrônica. O mesmo não pode ser dito da Constituição norte-americana. Na verdade, os motivos apontados pela Suprema Corte e por parte da doutrina para justificar um tratamento diferenciado são pouco consistentes. O fato de a radiodifusão caracterizar-se por um regime de licenciamento de operadores não constitui razão suficiente para a distinção, conforme observa Sunstein. Em primeiro lugar, o licenciamento não é uma solução obrigatória em tese: o sistema funcionaria também se, em lugar de licenças, as emissoras tivessem a propriedade das frequências em que operam, assim como os donos de jornais têm direitos de propriedade sobre as infraestruturas necessárias à edição de seus periódicos. Ademais, as licenças não deixam de ter uma semelhança com direitos de propriedade, na medida em que implicam exclusividade de uso, ainda que por tempo determinado e com algumas limitações. Nesse sentido, e vista a questão de uma perspectiva mais ampla, os jornais também seriam “licenciados de uma maneira muito equivalente, ainda que menos visível” (SUNSTEIN, 1993, p. 109), uma vez que aos proprietários de jornais são conferidos direitos de uso exclusivo de sua infraestrutura.

O argumento da escassez de frequências também não é decisivo para justificar a distinção de regimes entre as mídias eletrônica e impressa. Os desenvolvimentos tecnológicos recentes permitiram uma grande ampliação do número de frequências disponíveis para uso pelas emissoras. O surgimento da televisão a cabo também contribuiu para reduzir a força de argumentos fundados na escassez decorrente de razões técnicas. Atualmente, obstáculos de ordem econômica, consistentes no volume de investimentos exigido para a operação de uma emissora e no próprio poder de mercado daquelas já estabelecidas, são muito mais decisivos para limitar as possibilidades de diversificação do mercado. E, se numa mesma região pode-se constatar a existência de diversas emissoras de rádio e televisão, é cada vez mais comum que muitas cidades só disponham de um ou dois jornais relevantes, o que infirma de vez a invocação da escassez de frequências como nota diferenciadora a legitimar a regulação apenas para a mídia eletrônica (SUNSTEIN, 1993, p. 110).

De qualquer modo, com a decisão em *Tornillo*, a Suprema Corte deu mais um passo na direção de recusar validade constitucional aos direitos de acesso, restringindo a aplicação da *Fairness Doctrine* ao setor da radiodifusão.

1.2.3. O caso *Pacific Gas & Electric v. Public Utilities Commission of California*

Em 1986, a Suprema Corte reafirmou o entendimento, manifestado em *Tornillo*, de que são inconstitucionais medidas estatais que imponham ao agente comunicador o dever de suportar, em meios de sua propriedade ou sob sua responsabilidade, a divulgação de informações ou opiniões de terceiros.

O órgão regulador de serviços públicos do Estado da Califórnia editou normas que obrigavam a concessionária de energia a ceder, quatro vezes por ano, para uso por parte de uma associação de usuários dos serviços, o espaço extra em seus envelopes de cobrança, utilizado pela própria concessionária para divulgação de sua *newsletter*. O objetivo dessas normas era exatamente o de possibilitar a ampliação do debate público. A empresa insurgiu-se contra a determinação e, chegando o caso à Suprema Corte, esta entendeu que a regulação em tela contrariava a Primeira Emenda (*Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California*, 475 U.S. 1).

No juízo da maioria do Tribunal, as normas criadas pelo órgão regulador limitavam indevidamente a liberdade de expressão da concessionária. Ademais, ao franquearem acesso apenas a grupo que discordava das visões da empresa, a normas desatendiam a um dever de neutralidade. Mais uma vez, a Corte fez menção a um efeito dissuasório do discurso, que poderia decorrer da regulação estatal. Confrontando-se a empresa com a possibilidade de, toda vez que tratasse de uma determinada questão, ser obrigada a divulgar o ponto de vista contrário da associação de usuários, ela poderia concluir que evitar o tratamento de assuntos controversos seria o melhor caminho a seguir, reduzindo, assim, o fluxo de informações e ideias. De resto, para evitar que as ideias manifestadas pela associação de usuários fossem confundidas com as suas próprias, a empresa se veria forçada a oferecer respostas a tais manifestações, o que colidiria com a liberdade de expressão consagrada pela Primeira Emenda, a qual inclui, por óbvio, também o direito de manter-se silente.

A decisão não foi unânime. O juiz Rehnquist, acompanhado por outros dois colegas, produziu voto divergente no qual argumentou que: (i) os direitos negativos vinculados à liberdade de expressão, “aplicáveis aos indivíduos e talvez à mídia impressa”, não devem ser estendidos à generalidade das corporações; (ii) a Primeira Emenda não proíbe “a ação governamental que indireta e remotamente afeta a contribuição de um agente do processo comunicativo para o agregado geral de informações disponível à sociedade” ou que limita de modo tolerável seus

direitos de propriedade para promover o debate público; (iii) tal assertiva era corroborada por precedente da Corte no qual foi reconhecida a constitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado da Califórnia, que assegurava o direito à livre manifestação de pensamento em estabelecimentos privados, como *shopping centers* (*Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74); (iv) a medida do órgão regulador, representava uma tentativa de ampliar o debate público, promovendo os valores protegidos pela Primeira Emenda, em lugar de restringir a liberdade de expressão; (v) o efeito dissuasório do discurso é uma matéria sujeita a verificação empírica, não podendo ser tomado abstratamente como justificativa para impugnar toda norma que assegure direitos de acesso; (vi) o raciocínio de que a empresa se veria forçada a oferecer resposta às manifestações da associação de usuários e que isso violaria seu direito de permanecer silente é falho, na medida em que a associação poderia expor seus pontos de vista por outros canais, levando igualmente a empresa a se pronunciar, sem que se possa arguir a inconstitucionalidade nessa hipótese; (vii) por ser uma concessionária de serviço público, à qual foi concedido um monopólio legal, a empresa não gozava do mesmo grau de autonomia de outras corporações.

Como em *Tornillo*, o argumento relacionado a eventuais perdas econômicas não foi decisivo na formação do juízo da maioria. O juiz Powell, relator do processo, aduziu que o problema constitucional residia na imposição, à empresa, do dever de divulgar algo com o que ela não concordasse, independentemente de fazê-lo com o uso de bens e recursos próprios. Sobre essa conclusão do Tribunal, observa Fiss (2005, p. 121):

É difícil, todavia, transformar essa objeção em um princípio viável de direito constitucional sem dismantlar o moderno Estado democrático. O sistema tributário inteiro é predicado na noção de que dinheiro retirado de cidadãos pode ser usado para suportar atividades que alguns ou muitos detestem: guerras, construções de estradas e edifícios de escritórios horrendos, passeatas, palestras em universidades e muitos dos livros nas estantes das bibliotecas públicas. Esse suporte financeiro mandatário é visto como uma obrigação de cidadania, necessária para servir propósitos da comunidade. Com regulações do tipo que estamos considerando – aquelas que dão aos ativistas políticos acesso razoável ao público –, o propósito da comunidade é a preservação do próprio processo democrático. Utilizar a propriedade de alguém para suportar atividades que este alguém detesta é amplamente considerado ser o preço da cidadania em uma democracia.

Em seu voto, o relator sustentou que os objetivos perseguidos pelo órgão regulador poderiam ser legitimamente alcançados por outros meios, tais como o financiamento público da divulgação dos informes da associação com receitas provenientes da taxação da empresa. Parece contraditório, porém, sustentar que esse mecanismo seria constitucional e a solução adotada pelo regulador não o seria, quando os efeitos práticos das duas alternativas não se distinguiriam na

essência. De resto, quanto ao argumento de violação do dever de neutralidade, pelo fato de a regulação instituir o acesso em favor de um grupo com posições presumivelmente contrárias à da empresa, cumpre assinalar que a legislação não vedava o uso ordinário do espaço pela concessionária. Não havia, portanto, necessidade de se prever um direito de acesso àquele canal de comunicação para a expressão dos pontos de vista coincidentes com os da empresa, uma vez que esta já dispunha de espaço para fazer a defesa de tais pontos de vista.

1.2.4. A desregulamentação promovida pela FCC

O caso *Pacific Gas* tem um papel importante na história dos direitos de acesso nos EUA, pois foi com base nesse julgamento que a própria FCC, em 1987, resolveu revogar a regulamentação do *Communications Act* que previa a *Fairness Doctrine*. Desde o início dos anos 1980, a FCC levava a cabo uma política de desregulamentação do setor de radiodifusão, alinhada às diretrizes do Governo Reagan. O então presidente da Comissão, Mark Fowler, defendia abertamente a substituição do sistema de licenciamento de emissoras, no qual as emissoras eram consideradas *public trustees*, por um regime mais orientado para soluções de mercado, no qual elas fossem vistas como *marketplace participants* (FOWLER; BRENNER, 1982, p. 209). Segundo Fowler, o aparelho de televisão não passava de uma “tostadeira com imagens”.

Em 1981, a FCC chegou a recomendar ao Congresso a aprovação de uma lei que revogasse a *Fairness Doctrine*, bem como a *equal time provision* para candidatos a cargos eletivos. Fowler defendia a eliminação de todas as formas de regulação de conteúdo que interferissem no funcionamento das forças de mercado, em especial aquelas que prescrevessem limites à propaganda e determinassem tempos mínimos de programação de conteúdo informativo (FOWLER; BRENNER, p. 245). Naquele mesmo ano, no entanto, a Suprema Corte, no caso *Columbia Broadcasting System v. FCC* (453 U.S. 367), ao apreciar demanda surgida a partir de fatos ocorridos na gestão anterior à de Fowler, reafirmou a validade dos argumentos expendidos em *Red Lion*, no tocante à propaganda eleitoral.⁵⁴

⁵⁴ Tratava-se de processo no qual a emissora de televisão arguia violação da Primeira Emenda por decisão da FCC que lhe havia determinado a observância da Seção 312 do *Communications Act*. A deliberação da FCC se deu em virtude de reclamação apresentada contra a CBS, em 1979, pelo comitê do candidato Jimmy Carter à Presidência da República, pelo fato de a emissora ter se recusado a vender o tempo de sua programação solicitado para propaganda eleitoral. A FCC entendeu que a CBS desatendeu ao comando legal de oferecimento de acesso razoável de tempo na programação para a candidatos a cargos eletivos. Em 1981, a questão foi apreciada pela Suprema Corte, que, sem negar a ampla margem de discricção jornalística das emissoras no cumprimento de suas obrigações, resgatou o precedente do caso *Red Lion* para reafirmar a prevalência do direito dos telespectadores sobre o das emissoras e

Como já assinalado, o núcleo da *Fairness Doctrine* constituía um desenvolvimento de natureza regulamentar da previsão, constante no *Communications Act*, de observância, pelas emissoras, do interesse público. Sem embargo disso, o Congresso, ao alterar a Seção 315 do mesmo diploma legal, criando a *equal time provision* para candidatos a cargos eletivos, introduziu, em 1959, um dispositivo que gerou dúvidas sobre a natureza legal ou meramente regulamentar das obrigações das emissoras.⁵⁵ Caso se concluísse pela natureza regulamentar, sua eliminação poderia ocorrer por ato da própria FCC, diferentemente da *equal time provision*, expressamente prevista em lei.

Em decisões posteriores, a Suprema Corte – então já bastante dividida – reafirmou a validade do argumento da escassez de frequências como justificativa para a regulação estatal, bem como reconheceu a condição de *public trustees* das emissoras. Em 1984, no julgamento do caso *FCC v. League of Women Voters* (497 U.S. 364), o Tribunal, por 5 votos a 4, reiterou que, à diferença do que ocorre com a mídia impressa, o Congresso tem poder regulatório sobre a radiodifusão, justificável na medida em que orientado para a finalidade de assegurar uma cobertura adequada e equilibrada de questões públicas: “a liberdade absoluta para defender suas próprias posições sem apresentar pontos de vista opostos – uma liberdade desfrutada, por exemplo, pelos donos de jornais – é negada às emissoras”. Ademais, acentuou que, “dada a escassez do espectro, aqueles a quem é concedida a licença de transmissão devem servir ao público como uma espécie de agente fiduciário, divulgando aquelas visões e vozes que são representativas de sua comunidade e que, de outro modo, seriam necessariamente barradas”.

Em seu *Fairness Report* para o ano de 1985, a FCC defendeu abertamente o fim da *Fairness Doctrine*, valendo-se de argumentos que vieram a ser utilizados no processo administrativo *Syracuse Peace Council v. Television Station WTVH* (2 FCCR 5043), de 1987, a partir do qual afastou de vez a aplicação da doutrina. Outro precedente importante, que serviu de

justificar um direito limitado de acesso à mídia por parte dos candidatos, como “contribuição significativa para a liberdade de expressão, ao aumentar a capacidade dos candidatos de apresentar (e a do público de receber) informações necessárias ao efetivo funcionamento do processo democrático”.

⁵⁵ Embora a Seção 315 trate especificamente das obrigações das emissoras no âmbito do processo eleitoral, exigindo que elas ofereçam aos candidatos oportunidades iguais de acesso ao tempo sua programação, e excluindo da regra os noticiários, programas de entrevistas, documentários e coberturas ao vivo, ela prevê também, *verbis*: *Nothing in the foregoing sentence shall be construed as relieving broadcasters, in connection with the presentation of newscasts, news interviews, news documentaries, and on-the-spot coverage of news events, from the obligation imposed upon them under this Act to operate in the public interest and to afford reasonable opportunity for the discussion of conflicting views on issues of public importance.*

estímulo para uma atitude mais incisiva da FCC, foi uma decisão da Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia, de 1986, na qual o Tribunal sustentou que o *Communications Act* não teria criado nem imposto qualquer obrigação à FCC de exigir das emissoras a reserva de tempo razoável para a discussão de questões de importância pública e o oferecimento de oportunidade de exposição de variados pontos de vista sobre tais questões.⁵⁶ Segundo a Corte, a *Fairness Doctrine* teria caráter exclusivamente regulamentar.

Diante dessa decisão da Corte de Apelações, e valendo-se do entendimento perfilhado pela Suprema Corte em *Pacific Gas*, a FCC, em *Syracuse Peace Council*, resolveu afastar a aplicação das normas regulamentares relacionadas à *Fairness Doctrine*, considerando-as inconstitucionais. Apenas a *Personal Attack Rule* e a *Political Editorial Rule* foram mantidas, tendo sido revogadas pela FCC apenas em 2000, em cumprimento de determinação da Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia.⁵⁷

Segundo a FCC, a *Fairness Doctrine* demandava, da parte do governo, apreciações subjetivas que implicavam restrições à autonomia editorial das emissoras, incompatíveis com a Primeira Emenda. Se a determinação para que uma concessionária de serviços públicos divulgasse, em seus envelopes de cobrança, mensagens de terceiros com as quais não concordava, o mesmo princípio deveria valer para as emissoras de rádio e de televisão. As obrigações relacionadas à doutrina representariam condições inconstitucionais fixadas para o exercício de direitos constitucionalmente assegurados.

Além disso, a aplicação da doutrina teria como consequência, segundo a FCC, a diminuição do fluxo de ideias e informações, produzindo um efeito dissuasório do discurso, contrário à pretendida ampliação do debate público.

Por fim, a Comissão sustentou que as condições de escassez de frequências invocadas no caso *Red Lion* não mais constituíam um problema, dada a grande proliferação de veículos de informação proporcionada pelos desenvolvimentos tecnológicos ocorridos desde então. Em termos econômicos, a escassez seria uma característica dos bens em geral, que não justificaria um regime

⁵⁶ A decisão se deu no caso *Telecommunications Research and Action Center v. Federal Communications Commission* (801 F.2d 501), com os votos dos juízes Robert Bork (relator) e Antonin Scalia, que posteriormente vieram a ser indicados para a Suprema Corte pelo Presidente Reagan. Scalia assumiu as novas funções em 1986. Bork teve a sua indicação rejeitada pelo Senado em 1987. Contra a decisão da Corte de Apelações foi impetrado um *writ of certiorari*, que a Suprema Corte recusou-se a examinar (482 U.S. 918).

⁵⁷ A determinação foi feita no julgamento do caso *Radio-Television News Directors Association v. Federal Communications Commission* (229 F. 3d 269).

de intervenção diferenciado para a radiodifusão. De resto, no relatório de 1985, a FCC já havia advogado que a aferição do pluralismo nos meios de comunicação deveria ser feita considerando-se os serviços tradicionais de radiodifusão, as novas mídias eletrônicas e a mídia impressa como integrantes de um mesmo mercado. Em 1988, a decisão da FCC foi confirmada pela Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia.⁵⁸

A nova orientação da FCC em *Syracuse Peace Council* recebeu severas críticas de parte da doutrina.⁵⁹ Quanto às alegações de que a *Fairness Doctrine* feria a independência editorial, a contestação assumiu a forma daquelas já mencionadas em relação às decisões da Suprema Corte em *Tornillo* e *Pacific Gas*. Ademais, a aplicação da doutrina não importava maior subjetivismo do que o existente para a concessão e renovação de licenças. Em *National Broadcasting*, a Suprema Corte reconheceu expressamente os poderes da FCC de estabelecer critérios para a atribuição de licenças, tendo em mira o interesse público, bem como de verificar, no caso concreto, o atendimento desses critérios. O pluralismo nas transmissões constituía um deles.

O argumento do *chilling effect* se baseava no pressuposto de que a obrigação de veicular pontos de vista antagônicos sobre questões controversas de importância pública importaria uma série de ônus às emissoras, levando-as a diminuir a apresentação de tais assuntos. Entre riscos relacionados ao descumprimento daquele dever, estavam o de punição pela agência reguladora, de abalo à sua reputação por acusações de parcialidade, além dos custos inerentes aos processos administrativos e judiciais nos quais se discutisse a correta aplicação da doutrina.

Para concluir a respeito da existência do *chilling effect*, a FCC baseou-se essencialmente em testemunhos casuísticos de dirigentes de emissoras, não empreendendo uma análise estatística

⁵⁸ *Syracuse Peace Council v. FCC* (867 F.2d 654).

⁵⁹ Mesmo na mídia impressa essas iniciativas da FCC foram objeto de crítica. Nesse sentido: CORRY, John. TV View: why the Fairness Doctrine is still important. In: *The New York Times*, 15 set. 1985. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1985/09/15/arts/tv-view-why-the-fairness-doctrine-is-still-important.html>>. Acesso em: 28 fev. 2010. Em sua coluna, o articulista observou que “o discurso público ilustrado demanda um senso de limites. A mera posse de estações de rádio ou TV não significa que o proprietário tenha tal senso; significa apenas que ele tem dinheiro suficiente para comprar a estação. [...] Ademais, não se exige das emissoras que estendam o alcance da expressão “razoável oportunidade” para questões sem importância, mas apenas para questões sobre as quais haja controvérsia. É difícil entender como isso poderia impedir o jornalismo no rádio ou TV. De fato, a *Fairness Doctrine* se baseia naquelas que parecem ser as mais elementares regras de jornalismo.” A postura da mídia impressa foi majoritariamente favorável à *Fairness Doctrine* até o início do processo de desregulamentação da radiodifusão, nos anos 1980. A partir de então, quando se deu o relaxamento das proibições de propriedade cruzada, vários jornais e emissoras passaram a integrar grandes conglomerados de mídia e os jornais reverteram sua posição inicial. Em 1985, em torno de 84% dos editoriais de jornais defendiam a revogação da *Fairness Doctrine* (BAGDIKIAN, 2004, p. 139).

do problema. Tampouco foi capaz de explicar que fatores teriam levado uma política regulatória de décadas de aplicação a, repentinamente, a partir do início dos anos 1980, provocar uma diminuição da cobertura de assuntos controversos. Em ocasiões anteriores, a FCC havia rejeitado a tese do efeito dissuasório, como no *Fairness Report* de 1974, no qual, além de negar existirem evidências empíricas do *chilling effect*, observou que dispunha de instrumentos para assegurar a observância, por parte de emissoras relutantes, do dever de dedicar parte de sua programação ao tratamento de questões públicas. Esse, aliás, foi o posicionamento da Suprema Corte em *Red Lion*, ao alertar que, caso as emissoras se mostrassem receosas de abordar temas controversos, em face da obrigação de apresentar pontos de vista que não coincidissem com a sua linha editorial, a FCC era dotada de poderes para exigir uma cobertura justa e adequada desses temas.

Além disso, pesquisas realizadas desde o início do movimento de desregulamentação promovido pela FCC na década de 1980, sugerem que as novas medidas adotadas pela agência, longe de estimularem a cobertura, em bases pluralistas, de assuntos de relevância pública, tiveram como efeito a redução no tempo de programação dedicado a notícias e ao debate de questões públicas, sobretudo assuntos de interesse local (RAINEY, 1993, p. 275). Apenas nos primeiros seis meses que se seguiram à decisão da FCC em *Syracuse Peace Council*, houve uma redução de 31% no tempo de programação dedicado a assuntos locais (BAGDIKIAN, 2004, p. 139).

Durante as décadas de vigência da *Fairness Doctrine* o número de reclamações que redundaram em punição de emissoras foi muito pequeno, correspondendo a aproximadamente 0,15% do total. Em apenas dois casos houve recusa de renovação da licença de transmissão por descumprimento reiterado dos deveres inerentes àquela doutrina (HOFFMANN-RIEM, 1996, p. 35). Isso não significa, porém, que as regras fossem inócuas. Na maioria dos casos em que a FCC reconhecia a procedência da reclamação, as emissoras se comprometiam a remediar a ocorrência, evitando, assim, a punição. A existência de tais regras, bem como de direitos de participação dos cidadãos nos procedimentos conduzidos pela FCC, incentivava a ação de associações de telespectadores, que exerciam uma espécie de controle informal dos serviços de radiodifusão. Sobre o papel de tais associações, observa Hoffmann-Riem (1996, p. 36):

Mesmo que um certo grau de parcialidade deva ser esperado na participação desses grupos, a diversidade de associações civis ativas nos EUA permite assumir que tal unilateralidade age mais como um contrapeso do que como um reforço da unilateralidade para a qual um sistema comercial de radiodifusão necessariamente tende.

Essa impressão é fortalecida pelo fato de que a maioria das emissoras estão interessadas em diminuir o poder que os cidadãos têm de intervir nos procedimentos da FCC, incluindo direitos formais de participação, eliminando com isso a potencial ameaça que associações civis passaram a representar, graças ao desenvolvimento de sistemas informais de controle. Em particular, a abolição da *Fairness Doctrine* foi uma importante preocupação da maior parte da indústria de radiodifusão.

No tocante à alegação de que a multiplicidade de fontes de informação teria tornado obsoleta a conclusão da Suprema Corte em *Red Lion*, Rainey (1993, p. 299) observa que a Comissão partiu de uma concepção ingênua a respeito do funcionamento do mercado de comunicação, que pressupunha a existência de razoável competição e oportunidade de acesso à mídia:

O mercado eletrônico de ideias existente hoje não é, decerto, uma zona de livre comércio, porque as ideias, assim como os cidadãos que as apresentam, não são estritamente iguais nem igualmente representadas em qualquer assembleia pública. O ideal de “acesso igual e uma audiência livre de obstruções”, que, como suposto pela FCC, dever-se-ia experimentar em um mercado de ideias não regulado, constitui uma total ficção. É similar ao igualmente fictício conjunto de condições necessárias para o equilíbrio geral em uma economia perfeitamente competitiva, tais como o conhecimento completo do mercado por parte dos produtores e a relativa igualdade de renda dos consumidores, que são pressupostas pelas teorias microeconômicas neoclássicas.

Além disso, o simples aumento do número de veículos de comunicação não significa necessariamente um aumento da representação de pontos de vista distintos. Na verdade, a lógica do mercado opera no sentido contrário ao da maior diversidade de pontos de vista. Mercados comunicativos onde há competição predatória podem ser mais homogêneos em termos de conteúdo do que sistemas monopolistas ou que adotam o modelo do serviço público (VAN CUILENBURG, 1999, p. 195). Embora apresentem um grande número de competidores, o resultado na programação é o oferecimento de “mais do mesmo”. Essa não é uma característica específica do setor de comunicação. Aplica-se aos mercados em geral. Tal fenômeno é descrito pela Lei de Hotelling, segundo a qual a atitude mais racional dos produtores em mercados competitivos é oferecer produtos bastante similares aos de seus competidores, seja em qualidade, seja em preço. A concorrência intensa incentiva os produtores a adotar posturas conservadoras e um comportamento de aversão ao risco.

Outra deficiência encontrada em um sistema de comunicação totalmente orientado para o mercado reside na natureza do produto fornecido. A informação possui características daquilo

que, em economia, é conhecido como bem público.⁶⁰ Como a provisão de bens públicos resulta em benefícios inclusive para aqueles que não arcaram com os custos de seu fornecimento, tais bens tendem a ser sub-ofertados pelo mercado, havendo necessidade de intervenção governamental para assegurar o seu fornecimento. É o que ocorre, por exemplo, com segurança pública. Na radiodifusão, o problema do financiamento da oferta é solucionado, em parte, pelo mecanismo da propaganda. Essa estratégia, no entanto, leva a uma redução da oferta de programas que tratem de questões públicas e apresentem visões mais heterodoxas ou afastadas do *mainstream* (SUNSTEIN, 1993, p. 70).

Na defesa de sua proposta de desregulamentação, a FCC promoveu a identificação entre interesse público e interesse do público, este último aferido a partir daquilo que é apresentado na programação das emissoras de rádio e TV. Esse raciocínio é, contudo, circular, na medida em que a definição do que seja interesse do público depende de algo que, presumidamente, é determinado por aquele mesmo interesse: a programação. Na realidade, a audiência constitui uma resposta àquilo que é oferecido. O controle da oferta condiciona o universo de escolhas. Assim, é incorreto dizer que haja necessária equivalência entre as preferências do público concretamente manifestadas e as abstratamente consideradas.

Ainda com respeito à defesa da desregulamentação do mercado pela FCC, Rainey (1993, p. 301) aponta outro equívoco analítico: o de considerar o mercado como uma estrutura ideologicamente neutra e os meios de comunicação como meras caixas de ressonância dos diferentes pontos de vista existentes na sociedade. O mercado não é indiferente ao conteúdo do discurso, nem se limita a criar condições técnicas para a comunicação: “o simples ato conceder licenças de transmissão cria uma classe especial de comunicadores, que – é razoável assumir – são alinhados com determinadas posições políticas, morais e religiosas. Aquelas perspectivas influenciam toda atividade que materialmente contribui para o empreendimento de radiodifusão”.

Outro artificialismo na argumentação da FCC consistiu na reunião de todas as mídias como um único mercado relevante, para fins de aferição do grau de diversidade existente nos meios de comunicação. As fontes de informação não são fungíveis e qualitativamente

⁶⁰ Bens públicos são aqueles que possuem as características de não-exclusividade e não-rivalidade no consumo. É impossível ou extremamente custoso atribuir direitos de propriedade relativamente a tais bens, pois, uma vez disponíveis, são passíveis de fruição por quem não tenha pago para ter acesso a eles (não-exclusividade). Demais disso, seu consumo, por um indivíduo, não reduz a quantidade disponível para consumo por outro indivíduo (não-rivalidade).

equivalentes (BARRÓN, 1967, p. 1653; LICHTENBERG, 1990, p. 125; RAINEY, 1993, p. 299). A penetração da televisão não pode ser comparada, por exemplo, com a da mídia impressa. Seus públicos são distintos.

Por fim, a invocação, pela FCC, da doutrina das condições inconstitucionais para considerar a *Fairness Doctrine* incompatível com a Primeira Emenda também se revela equivocada. Segundo a doutrina das condições inconstitucionais, o Estado não pode, como forma de obter determinado comportamento do particular, constrangê-lo a abdicar de seus direitos constitucionais, condicionando a essa desistência o recebimento de algum benefício. Como já referido, na visão da Suprema Corte, a liberdade protegida na Primeira Emenda não inclui um direito individual, de natureza constitucional e incondicionada, de operar frequências do espectro eletromagnético (*National Broadcasting Co. v. United States*, 319 U.S. 190). Lichtenberg (1990, p. 119) desenvolve essa ideia, para aplicá-la também à mídia impressa. Segundo a autora, a liberdade de expressão abrange as liberdades de falar, escrever, ouvir e ler sem impedimentos, mas não se pode dizer que alguém tenha, na mesma extensão e com as mesmas garantias, um direito fundamental a publicar, no sentido de obter a divulgação de suas ideias no meio de comunicação de sua escolha. O conteúdo a ser publicado depende de decisões dos controladores dos órgãos de imprensa. Assim, o que fundamenta a autonomia editorial não é propriamente a liberdade de expressão dos controladores, mas seus direitos de propriedade, os quais podem ser limitados por razões de interesse social.

À revogação da *Fairness Doctrine* pela FCC seguiu-se uma tentativa do Congresso, que contava com maioria democrata, de reinstaurá-la. O *Fairness in Broadcast Act*, aprovado em 1987, foi, contudo, vetado pelo Presidente Reagan. Com isso, a despeito das transformações tecnológicas ocorridas e do entendimento perfilhado pela Suprema Corte no caso *Pacific Gas*, o Tribunal não teve de reenfrentar a questão da constitucionalidade da *Fairness Doctrine*, conquanto haja, em algumas oportunidades, reconhecido a legitimidade de ações estatais dirigidas a garantir maior diversidade na mídia.

Em 1990, no caso *Metro Broadcasting Inc. v. FCC* (497 U.S. 547), a Corte, mais uma vez dividida, declarou válidas normas regulamentares da FCC que incluíam entre os fatores de avaliação na concessão de licenças a condição do candidato como integrante de uma minoria étnica. Segundo a opinião da maioria dos juízes, a política de concessão de licenças a membros

de minorias serviria não apenas para compensar a discriminação de determinado grupo nos meios de comunicação, mas sobretudo para promover a diversidade na radiodifusão. Além disso, ao instituir a política, o órgão governamental teria se valido de evidências empíricas que demonstrariam o acerto da tese segundo a qual existiria um nexo entre a propriedade da empresa de comunicação e uma maior ou menor diversidade de conteúdo, sendo consistente a visão de que a propriedade constitui fator primordial na determinação do conjunto de programas disponíveis. Tais evidências sugeririam que “a condição do proprietário de membro de uma minoria influencia a seleção de tópicos para a cobertura de fatos e a apresentação de pontos de vista editoriais, especialmente em matérias de particular interesse para as minorias, e tem um impacto especial na maneira como as minorias são retratadas.”⁶¹

1.2.5. O caso *Turner Broadcasting System Inc. v. FCC*

No início da década 1990, a constitucionalidade do direito de acesso foi uma vez mais objeto de discussão na Suprema Corte, ainda que em bases diferenciadas. O *Cable Television Consumer Protection and Competition Act*, aprovado pelo Congresso em 1992, previu a obrigação, por parte das empresas operadoras de televisão a cabo, de reservar uma quantidade de seus canais para retransmitir a programação de emissoras locais de televisão aberta. Como as operadoras eram, em grande parte dos casos, também programadoras, havia o receio de que elas se restringissem a transmitir apenas a sua própria programação, uma vez que disputavam o mercado publicitário com as emissoras de TV aberta. Nos prognósticos mais pessimistas, as práticas monopolistas das operadoras de TV a cabo poderiam levar à inviabilidade econômica das emissoras, o que prejudicaria algo em torno de 40% dos lares norte-americanos, que não dispunham de serviços de TV a cabo e perderiam uma de suas principais fontes de informação.

A validade do diploma legal foi contestada por operadores e programadores de TV a cabo. Em uma primeira decisão (*Turner Broadcasting System Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622), adotada em 1994, a maioria dos juízes da Suprema Corte houve por bem remeter o caso de volta às instâncias inferiores, para um melhor exame da real existência dos riscos apontados como motivadores da

⁶¹ Em 2003, como parte da política de desregulamentação da mídia, a FCC revogou a *Failed Station Solicitation Rule*, norma que obrigava o proprietário de uma emissora que viesse a encerrar suas atividades a dar preferência a compradores integrantes de minorias na venda da sua empresa. Submetida a questão ao Poder Judiciário em 2004, a Corte da Apelações do 3º Distrito determinou que a FCC reconsiderasse sua decisão ou fornecesse justificativa mais consistente para a revogação da regra, porquanto, sem uma justificativa plausível, a decisão da FCC se revelava “arbitrária e destituída de base racional” (*arbitrary and capricious*) (*Prometheus Radio Project v. Federal Communications Commission*, 373 F3d 372).

medida governamental, bem como da adequação, no plano concreto, entre os objetivos estatais e os meios utilizados para atingi-los. Quatro deles, contudo, pronunciaram-se pela inconstitucionalidade da norma que previa a transmissão obrigatória de canais de TV aberta, por entenderem, nos moldes da decisão em *Pacific Gas*, que se tratava de uma limitação inconstitucional à liberdade de expressão das operadoras de TV a cabo. Segundo a dissidência, a restrição não era neutra quanto ao conteúdo, pois, como confessado na própria justificação do projeto que lhe deu origem, a proteção à TV aberta tinha por escopo assegurar a transmissão de programas educativos e informativos, de noticiário local e outros assuntos de importância pública.⁶² Malgrado reconhecesse a importância dos objetivos governamentais, a minoria entendeu que eles não eram relevantes o bastante para justificar a regulação e, mesmo que o fossem, estabeleciam uma restrição excessiva (e, portanto, desproporcional) aos direitos dos operadores de TV a cabo.

Na visão da maioria, a *ratio decidendi* de *Red Lion* não poderia ser aplicada para garantir direitos de acesso no sistema de TV a cabo, porque neste não se verificavam os problemas de escassez de frequências e de possibilidade de interferência, existentes na TV aberta. Tampouco as eventuais falhas de mercado existentes no ramo da TV a cabo poderiam ser invocadas como motivo suficiente para justificar restrições à liberdade de expressão. Por outro lado, a legislação contestada continha, segundo a maioria, regras neutras em relação ao conteúdo, que destinavam a realizar interesses substantivos:

As regras de transmissão obrigatória são neutras em relação ao conteúdo, e não estão, pois, sujeitas ao escrutínio estrito. São neutras, em princípio, porque distinguem os comunicadores no mercado de programação de TV baseadas apenas no modo como os programadores transmitem suas mensagens ao público, e não nas mensagens em si. Os propósitos de tais normas também não são relacionados ao conteúdo. O objetivo do Congresso não foi favorecer a programação com determinado conteúdo, mas preservar o acesso à programação da TV gratuita para 40% dos americanos sem TV a cabo. [...] O reconhecimento, pelo Congresso, de que as emissoras de TV aberta oferecem uma contribuição valorosa para a estrutura nacional de comunicações não indica que o Congresso tem a TV aberta em maior conta que a TV a cabo. Reflete apenas o reconhecimento do valor intrínseco dos serviços prestados pela TV aberta, que merecem ser preservados das ameaças da TV a cabo.

As regras não se imiscuem no controle editorial dos operadores de TV a cabo. Elas são neutras em relação ao conteúdo, em sua aplicação, e não forçam os operadores a alterar suas próprias mensagens para responder à programação que eles devem transmitir. Além disso, a

⁶² De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte, restrições baseadas no conteúdo estão sujeitas ao regime de escrutínio estrito, segundo o qual elas só são admissíveis se têm em mira objetivos governamentais essenciais e indeclináveis (*compelling interests*), e se não limitam a liberdade mais do que o suficiente para realizá-los. Um exemplo de norma que atende a esses requisitos é a que veda o discurso de incitação à violência ou à ruptura da ordem institucional.

conexão física entre o aparelho de TV e a rede de cabo dá aos operadores controle (à semelhança de um gargalo) sobre a maior parte da programação oferecida aos assinantes dos serviços.

Na decisão em *O'Brien*, uma regulação neutra quanto ao conteúdo deve ser considerada constitucional se promove um importante interesse governamental não relacionado com a supressão da liberdade de expressão e a restrição incidental às liberdades protegidas pela Primeira Emenda não é maior do que o essencial para a promoção desse interesse. Cada um dos interesses governamentais invocados, tomado abstratamente, revela-se importante: a preservação dos benefícios relacionados à existência de emissoras locais de TV aberta, a promoção de uma ampla disseminação de informação de fontes variadas e de uma justa competição no mercado de programação de TV.

No entanto, como mencionado, a Corte deixou de se pronunciar em definitivo, por entender que a questão estava a reclamar uma investigação fática, relativamente aos riscos à sobrevivência da TV aberta.

Em sua segunda decisão sobre a matéria (*Turner Broadcasting System Inc. v. FCC*, 520 U.S. 180), de 1997, os mesmos quatro juízes que haviam se manifestado pela inconstitucionalidade da lei reiteraram sua posição. A maioria da Corte, ao contrário, considerou válido o diploma legal, mas se dividiu quanto aos fundamentos dessa conclusão. Repetindo os argumentos lançados no primeiro julgamento, quatro juízes centraram sua análise no caráter antimonopólico da norma. Além de rejeitarem as ideias de que a lei contivesse uma restrição baseada no conteúdo da expressão e a obrigação de transmitir canais de TV aberta constrangesse os operadores de cabo a oferecer uma resposta, como aconteceu em *Pacific Gas*, sustentaram haver uma diferença sensível entre a imprensa escrita e o sistema de TV a cabo, na medida em que o operador detinha um poder de censura, ao impedir que canais abertos entrem em sua programação.

O quinto voto no sentido da constitucionalidade da lei, do juiz Breyer, fundou-se nos mesmos argumentos expendidos pela Corte em *Red Lion*. Sem negar os propósitos antimonopólicos da lei, Breyer considerou que sua validade não deveria se assentar em sua função corretiva de falhas do mercado, mas no seu propósito de garantir ao público o acesso a uma multiplicidade de fontes de informação. Segundo ele, a lei impunha de fato uma restrição à liberdade dos operadores de cabo que poderia ser vista como uma “supressão de seu discurso”, mas o exame da Corte deveria levar em conta os interesses discursivos do outro lado:

O propósito não econômico básico da lei é evitar um declínio abrupto da qualidade e da quantidade de escolhas de programas para um segmento do público cada vez menor, que não assina TV a cabo. *Ante*, em 6, 8-11. Esse propósito reflete o que “tem sido um princípio básico da política nacional de comunicações”, qual seja, o de que “a mais ampla disseminação possível de

informação de fontes diversas e antagônicas é essencial para o bem-estar do público”. [...] Essa política busca facilitar a discussão pública e uma deliberação subsidiada por informações, o que, como o juiz Brandeis ressaltou muitos anos atrás, o governo democrático pressupõe e a Primeira Emenda procura alcançar.

Com importantes interesses protegidos pela Primeira Emenda nos dois lados da equação, a questão chave consiste em promover um ajuste apropriado entre eles. Na minha visão, ela requer uma atenção redobrada para determinar se há meios significativamente menos restritivos para atingir os objetivos do Congresso quanto à programação da TV aberta, e também para decidir se a lei, em seu esforço para atingir aqueles objetivos, promove um razoável equilíbrio entre as potenciais restrições à liberdade de expressão e as consequências relacionadas à ampliação do discurso.

Por maior que tenha sido o esforço em negá-lo, é visível a incompatibilidade entre a decisão da Suprema Corte em *Turner* e os precedentes *Pacific Gas* e *Tornillo*. Em primeiro lugar, é discutível a afirmação de que as normas da lei sejam neutras quanto ao conteúdo. Na verdade, toda discussão em torno da neutralidade de conteúdo se assenta em uma visão distorcida. A própria alocação de licenças na radiodifusão importa uma espécie de discriminação com base no conteúdo do discurso.

Em qualquer contexto, a escolha de quem poderá exercer o direito de se manifestar possui reflexos sobre o conteúdo expresso: “uma das formas mais radicais de regulação de conteúdo procede do poder de decidir a quem é dado o microfone durante uma reunião pública” (Rainey, 1993, p. 308). Se em *Pacific Gas* a Corte considerou como regulação de conteúdo a norma que obrigava a concessionária de energia a assegurar espaço para que uma associação de consumidores se manifestasse, não é menos verdade que também o seria a obrigação dos operadores de TV a cabo de reservar canais para a TV aberta. Assim como se pode esperar que a associação de consumidores utilize o espaço para divulgar determinadas ideias, o conteúdo provável da programação oferecida no canal de TV a cabo disponibilizado para a emissora de TV aberta e as posições editoriais nele apresentadas também são conhecidos. Isso foi o que a dissidência em *Turner* aduziu ao fazer referência à justificação apresentada pelo governo para a lei.

Em certo sentido, a regulação em *Turner* seria mesmo mais radical do que em *Tornillo*, por conceder a determinadas emissoras um direito de acesso permanente a canais de TV a cabo. Já a lei que previa o direito de resposta não estabelecia um acesso permanente nem preferências para qualquer ponto de vista ou corrente de opinião. Sob essa perspectiva, pode-se defender que não constituísse uma restrição baseada no conteúdo, uma vez que não elegia determinada posição

ideológica como especialmente sujeita à regra de concessão do direito de resposta. O direito de resposta beneficiaria todos os segmentos e correntes de opinião.

Ademais, a concepção de neutralidade adotada pela Suprema Corte apresenta os mesmos problemas que marcavam o pensamento dominante da era *Lochner*. Ela se funda na crença de que o *status quo* do mercado é algo natural, pré-estatal, e de que o Estado deveria limitar-se a respeitá-lo, sem promover quaisquer modificações, classificadas como indevido partidarismo estatal. Entretanto, “pode não haver neutralidade na utilização do *status quo* do mercado quando as oportunidades disponíveis são altamente dependentes da riqueza, do quadro legal de prerrogativas reconhecido pela *common law*, dos tipos de canais de expressão são disponibilizados pela lei e para quem o são” (SUNSTEIN, 2009, p. 176). Em *Tornillo*, o Tribunal sustentou que o direito de resposta constituía uma espécie de punição baseada no conteúdo do discurso e violadora da autonomia editorial dos jornais. A se seguir essa linha de raciocínio, também a obrigação de ceder canais representaria uma restrição à autonomia editorial dos operadores de TV a cabo.

Objecções podem igualmente ser feitas às alegações de que um sistema de TV a cabo no qual não fossem assegurados direitos de acesso às emissoras de TV aberta seria a causa do colapso da radiodifusão e de que o controle monopolista da infraestrutura de TV a cabo pelo seu operador constituiria justificativa suficiente para a medida estatal em favor das emissoras. Em primeiro lugar, cuida-se de sistemas distintos de comunicação. Nada impede que o assinante de TV a cabo receba os sinais da TV aberta sem necessidade de alocação de canais, no sistema de cabo, para as emissoras, o que lança dúvidas sobre o argumento do exercício de poder de monopólio.

Ademais, o uso, com exclusividade, da infraestrutura da TV a cabo pelo seu operador não difere muito do uso exclusivo que as emissoras de TV aberta e a imprensa escrita fazem de suas próprias infraestruturas de comunicação. Assim, se é justificável a concessão de direitos de acesso em um caso, também o deve ser nos demais. Na verdade, enquanto o monopólio do mercado de TV a cabo existe basicamente por razões econômicas (o volume de investimentos para a construção da rede de cabo é elevado), o que se tem na TV aberta é não apenas uma limitação no mercado por razões econômicas, mas também a atribuição de direitos de uso exclusivo de determinada frequência por razões naturais de escassez do espectro eletromagnético.

Em *Tornillo e Pacific Gas*, a Suprema Corte entendeu que a concessão obrigatória de espaço para a exposição de pontos de vista que não fossem os do agente comunicador, além de lhe ferir a autonomia editorial, importava uma espécie de supressão do discurso, já que o espaço concedido equivaleria a espaço suprimido desse mesmo agente, o qual poderia ser usado para veicular aquilo que lhe aprouvesse, caso a regulação não existisse. Ora, esse mesmo raciocínio é perfeitamente aplicável aos canais de TV a cabo forçosamente atribuídos às emissoras de TV aberta.

As redes de televisão aberta sobrevivem basicamente com receitas de propaganda. E estas existem em razão da audiência obtida pelas emissoras. O raciocínio de que as emissoras teriam a sua sobrevivência ameaçada pelo avanço da TV a cabo somente faz sentido sob o pressuposto de que o público dos canais abertos estaria migrando para os canais a cabo. Sob a perspectiva holmesiana do “livre mercado de ideias”, esse fenômeno decorreria da forma natural de funcionamento do sistema comunicativo, no qual o critério de sobrevivência dos produtos é a sua maior aceitação relativamente aos concorrentes. Não há, da parte dos operadores de TV a cabo, qualquer interferência indevida sobre a estrutura de funcionamento e provisão de serviços pelas emissoras de TV aberta. Nesse sentido, a concorrência entre TV a cabo e TV aberta não se distinguiria da concorrência entre as próprias emissoras de TV aberta, na qual a redução de público de um determinado canal, decorrente do aumento da audiência dos demais, não constitui, por si só, motivo para uma intervenção estatal em favor da emissora decadente.

Em sua decisão, a Suprema Corte atentou para os riscos de extinção do sistema de TV aberta, que redundaria em prejuízo para uma parcela significativa da população, utente desses serviços. O fato de algumas ou muitas emissoras correrem esse risco não significa, no entanto, o fim do modelo, inclusive em face da existência de emissoras públicas e sustentadas por outras fontes de recursos que não a publicidade. De mais a mais, caso o pior prognóstico se verificasse, convém ressaltar, uma vez mais, que ele decorreria de opção da maioria do público por utilizar os serviços de TV a cabo.

O que a inconsistência de *Turner* com outros precedentes da Corte contrários à regulação estatal deixa transparecer é uma mudança de tratamento do tema quando os possíveis prejudicados são poderosos agentes econômicos. Não resta dúvida de que uma parte da população teria reduzidas suas oportunidades de acesso à informação caso a TV aberta se

tornasse economicamente inviável. Contudo, não é menos verdade que, no modelo atual, uma parte da população deixa de ter acesso a programação e a informações de seu interesse, mas que não são apresentadas em virtude da enorme discricionariedade garantida às emissoras de TV aberta, fundada na concepção absolutista desenvolvida pela Suprema Corte na era pós-*Red Lion*.

O mesmo interesse na promoção de uma ampla disseminação de informação de fontes variadas, que justificou a deliberação do Tribunal em *Turner*, constitui fundamento para a concessão de direitos de acesso aos meios de comunicação. No caso da radiodifusão, como a entrada no mercado é dependente de uma licença governamental que confere direitos de exclusividade, as razões para a regulação estatal são ainda mais fortes. A atribuição, às emissoras, de uma total discricionariedade no uso da frequência é indicativa de um comportamento estatal desconforme com seu dever (sobre o qual insiste Dworkin) de tratar os indivíduos com igual consideração e respeito.

Como assinalou o juiz White em *Red Lion*, o Estado poderia, em lugar do regime de licenciamento com exclusividade, instituir um no qual as frequências fossem distribuídas a todos os cidadãos, cabendo a cada um o direito de uso por determinado tempo. A escolha do regime de licenciamento, por se revelar inegavelmente mais viável, não preclui o princípio da igualdade, que anima a outra solução. A alternativa de concessão de frequências para uso exclusivo das emissoras não é incompatível com o estabelecimento de limitações a esse direito e com a imposição de deveres ao concessionário, como os estipulados pela *Fairness Doctrine*. Tais limitações e deveres da emissora decerto se afiguram menos gravosos do que as restrições impostas a todos e a cada indivíduo pelo próprio regime de concessão de direitos de uso exclusivo de frequências.

Nos últimos anos, diversas proposições legislativas têm sido apresentadas, tanto no sentido de reinstaurar a *Fairness Doctrine* quanto de vedar que a FCC a ressuscite. Um exemplo é o *HR 501 – Fairness and Accountability in Broadcasting Act*, de 2005, que propunha a alteração do *Communications Act*, para proibir a FCC de renovar a licença de emissoras que não observem os seguintes deveres: (i) promover a cobertura de questões de importância para a comunidade local de um modo equitativo, levando em conta diversos interesses e pontos de vista; (ii) realizar duas audiências públicas por ano, junto à comunidade local, com o objetivo de identificar suas necessidades e interesses; (iii) encaminhar à FCC, a cada dois anos, relatório

expondo de que forma as obrigações anteriormente descritas estão sendo cumpridas. No sentido oposto, o *HR 2905 – Broadcaster Freedom Act*, de 2007, propunha fossem retirados da FCC poderes para obrigar as emissoras a “apresentar pontos de vista opostos sobre questões controversas de importância pública”. Nenhuma das proposições a respeito do tema logrou ser convertida em lei.⁶³

Desse modo, em face da jurisprudência atual da Suprema Corte sobre a matéria e do regime regulatório adotado pela FCC a partir da década de 1980, vige hoje nos EUA um sistema, no tocante aos direitos de acesso, com as seguintes características:

- a) a mídia impressa goza de proteção constitucional superior à conferida aos meios de radiodifusão, sendo consideradas pela Suprema Corte incompatíveis com a Primeira Emenda quaisquer tentativas de regulação que confirmem direitos de acesso à mídia impressa;
- b) aos candidatos a cargos eletivos federais é assegurado, em condições equivalentes, o acesso às emissoras de rádio e televisão, mediante pagamento pelo uso do espaço na programação (*reasonable access clause* e *equal time provision*, Seções 312 e 315 do *Communications Act*);
- c) os direitos mencionados no item anterior são os únicos previstos nas normas que regulam a radiodifusão, tendo em vista a revogação da *Fairness Doctrine* e das regras do ataque pessoal e do editorial de conteúdo político pela FCC;
- d) muito embora a jurisprudência prevalecente na Suprema Corte a partir da década de 1970 seja indicativa de uma inclinação do Tribunal em favor da tese da inconstitucionalidade da *Fairness Doctrine*, a Corte nunca chegou a enfrentar diretamente a questão, para rever o entendimento manifestado no caso *Red Lion*;
- e) a legislação prevê direitos de utilização de canais de operadores de TV a cabo por parte das emissoras de TV aberta, bem como por entidades públicas ou com fins educacionais, havendo pronunciamento da Suprema Corte no sentido da compatibilidade de tal direito com a Constituição, no caso das emissoras de TV aberta.

Por fim, cumpre observar que, mesmo na decisão do caso *Red Lion*, a Suprema Corte não chegou a afirmar a exigibilidade constitucional do estabelecimento de direitos de acesso aos meios de comunicação, tendo apenas considerado constitucionalmente legítimos os propósitos

⁶³ No Congresso dos EUA, os projetos não apreciados são arquivados ao fim de cada legislatura, que dura dois anos.

perseguidos pelo Estado por meio da *Fairness Doctrine*, bem como compatível com a Primeira Emenda a respectiva disciplina normativa.

2. As normas anticoncentração da mídia

A concentração de propriedade dos meios de comunicação pode assumir, segundo os estudiosos do setor, três diferentes formas: horizontal, vertical e cruzada.

Fala-se de concentração horizontal quando alguém detém poder dominante no mercado de uma determinada mídia, em dado local. Isso pode ocorrer tanto no caso de uma só empresa deter participação no mercado que denote a posição dominante quanto no de um mesmo agente ser proprietário ou deter o poder de controle de várias empresas de comunicação cuja participação no mercado, somada, revela tal posição. Assim, há concentração tanto quando uma emissora de televisão detém, por exemplo, 40% de participação no mercado, quanto quando duas emissoras pertencentes a uma mesma pessoa ou grupo atingem esse percentual.

A concentração vertical existe quando alguém detém o controle das atividades integrantes das diversas etapas da cadeia produtiva de um setor econômico em um determinado local, independentemente da estrutura empresarial adotada. No setor de comunicações, a concentração vertical pode ocorrer, por exemplo, quando alguém que presta os serviços de radiodifusão é também o produtor do conteúdo divulgado.

Por fim, a concentração cruzada se dá quando empresas que operam diferentes tipos de mídia, em um dado local, são controladas por uma mesma pessoa ou grupo. É o que ocorre quando a mesma pessoa é proprietária de um jornal e uma emissora de televisão na mesma área geográfica.

Sob o pressuposto de que a formação de monopólios ou oligopólios comunicativos pode constituir uma ameaça à justa competição no mercado político, dado o grande poder dos meios de comunicação de influenciar a opinião pública, a maioria das democracias ocidentais adotou, ao longo do séc. XX, legislações destinadas a evitar a concentração econômica no setor de mídia. Dada a forte tendência à concentração na atividade de radiodifusão, os países europeus optaram inicialmente por conferir ao Estado o monopólio da prestação dos respectivos serviços, entendendo que o pluralismo em tais meios de comunicação seria mais bem assegurado pela criação de emissoras estatais, sujeitas a regras que conferissem aos principais grupos sociais o poder de influenciar a sua programação (pluralismo interno). Com a abertura do setor à iniciativa

privada, na década de 1980, tais países aprovaram legislações antitruste e criaram órgãos com poderes regulatórios.

Nos EUA, ao contrário, a radiodifusão foi organizada desde o início segundo um modelo de prestação dos serviços por particulares, considerados fiduciários do público (*trusteeship model*). Nesse sistema, as preocupações com a concentração de propriedade capaz de comprometer o livre fluxo de ideias na esfera pública levaram à adoção de rigorosas normas anticoncentração, com o objetivo de incentivar a diversidade e o localismo nas comunicações, valores que, na visão da Suprema Corte, são resguardados pela Primeira Emenda.⁶⁴ Mais do que os efeitos negativos que a concentração de propriedade podia trazer no plano puramente econômico, tais normas tiveram por escopo evitar os prejuízos que um mercado de ideias construído sobre bases oligopolistas poderia gerar para o próprio processo democrático e o princípio da distribuição equânime do poder político entre os cidadãos (BAKER, 2007, p. 14):

É essencialmente a esse valor distributivo que a Suprema Corte prestou deferência quando sustentou que limites estritos sobre a propriedade cruzada na mídia eram apropriados para evitar uma ‘indevida concentração de poder econômico’ no âmbito das comunicações. O poder econômico não era indevido porque suscitava questões antitruste ou por causa do peso econômico geral das empresas de comunicação – até mesmo as dimensões das maiores empresas de comunicação se apresentam diminutas frente ao tamanho legalmente permitido das companhias de petróleo e bancos, mais ainda do Wal-Mart. O poder econômico é ‘indevido’ porque ele não deveria existir na esfera pública. A dispersão do poder midiático, assim como a dispersão do poder de voto, é simplesmente um atributo de igualdade em um sistema que se diga democrático.

A partir do governo Reagan, no entanto, uma tendência à desregulamentação se verifica no tocante à concentração do mercado de comunicação. Isso contribuiu para uma drástica redução do pluralismo na mídia norte-americana, sobretudo a partir do *Telecommunications Act* de 1996, reforma legislativa que acelerou esse processo.⁶⁵

A onda de fusões entre empresas de comunicação foi iniciada ainda na década de 1980, tendo aumentado significativamente nos anos 1990, a partir da eliminação de diversas barreiras regulatórias. As seções seguintes examinam como foi originalmente estruturado o sistema legal de combate à concentração econômica da mídia nos EUA e as normas atualmente vigentes.

⁶⁴ Como acentuado na decisão do caso *Associated Press* (326 U.S. 1), a Primeira Emenda “repousa no pressuposto de que a difusão de informações mais ampla possível e de fontes diversas e antagônicas é essencial para o bem-estar do público.”

⁶⁵ Nesse sentido: Faraco (2009, p. 135), Bagdikian (2004, p. 10), Hitchens (2006, p. 116). De acordo com este último autor, as novas regras propiciaram, no caso do rádio, que as 10 maiores companhias somassem 2/3 da audiência e das receitas do setor no país. A maior companhia é proprietária de mais de 1,2 mil estações.

2.1. As concentrações horizontal e intersetorial

As primeiras normas dirigidas a evitar a concentração da mídia nos EUA foram editadas ainda na década de 1940. Em 1941, a FCC adotou regra que proibia a uma mesma pessoa ser proprietária de mais de uma emissora em uma mesma área geográfica, regra conhecida como *Duopoly Rule*, e que vigorou, no caso do rádio, até 1992, e na televisão até 1999. Após uma primeira revisão promovida pela FCC, o Congresso, ao editar o *Telecommunications Act* de 1996, flexibilizou ainda mais os limites, fixando as regras hoje vigentes, que permitem a propriedade de até 5 emissoras de rádio (com no máximo 3 do mesmo serviço – AM ou FM), em mercados com até 14 estações, e desde que as emissoras controladas não sejam em número superior à metade do total existente.⁶⁶ Para mercados com mais estações, o número permitido de emissoras de um mesmo proprietário aumenta, podendo chegar a até 8, quando o total em operação for igual ou superior a 45. No caso da televisão, a *Duopoly Rule* foi substituída pela *Local TV Multiple Ownership Rule*, de 1999, que permitiu a propriedade, por uma mesma pessoa, de duas estações de televisão em uma mesma região, quando atendidos os seguintes requisitos: (i) uma delas não estivesse entre as 4 maiores em operação na mesma área; e (ii) existissem pelo menos 8 diferentes estações em operação no mesmo local.⁶⁷ Em 2003, a FCC aumentou para 3 o limite de emissoras de televisão de um mesmo proprietário em uma dada localidade, quando nela houvesse ao menos 18 emissoras em funcionamento e desde que apenas uma das empresas controladas estivesse entre as 4 maiores. Além disso, tornou possível o controle de 2 empresas em mercados com mais de 4 emissoras.

No que diz respeito à propriedade cruzada na radiodifusão, a FCC editou, em 1970, a *One-to-a-market Rule*, norma que vedava a quem já detivesse uma licença em determinada área obter outra para serviço diverso. Assim, proprietários de emissoras de TV VHF não poderiam operar emissoras de rádio AM ou FM no mesmo local. A restrição foi ampliada em 1975, com a

⁶⁶ Assim, em um mercado com até 9 estações, o máximo de estações controláveis por uma mesma pessoa seria 4.

⁶⁷ A validade dessa regra da FCC foi questionada no caso *Sinclair Broadcasting Group Inc. v. FCC* (284. F. 3d 148). A Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia solicitou que a FCC reavaliasse a norma, por considerar que: (i) o *Telecommunications Act* de 1996 teria criado, em sua Seção 202, *h*, uma presunção a favor da desregulamentação do setor, o que exigiria adequada justificativa da FCC para normas que limitassem a autonomia dos agentes econômicos; (ii) em 1999, ao rever as regras sobre propriedade cruzada de rádio e televisão, a FCC as teria flexibilizado, sob o argumento de que a diversidade na mídia aumentara, conclusão à qual chegou tomando como referência o mercado conjunto de rádio e de televisão (e não cada um separadamente), o que não foi feito no caso da *Local TV Multiple Ownership Rule*. Cabe assinalar que a Corte não invalidou a regra editada pela FCC, apenas devolveu a questão à FCC, para que promovesse uma adequada justificação da norma.

Cross-Ownership Rule, que estendeu a vedação à propriedade cruzada de empresas de mídia aos jornais. Assim, quem fosse proprietário de um jornal não poderia obter licença para operar serviços de radiodifusão na mesma área. A constitucionalidade da regra foi contestada junto à Suprema Corte, que decidiu pela sua compatibilidade com a Primeira Emenda, no caso *FCC v. National Citizens Committee* (436 U.S. 775), sob o argumento de ser a diversidade na comunicação de massa um valor protegido pela Primeira Emenda.

Já sob a vigência do *Telecommunications Act*, a FCC substituiu a *One-to-a-market Rule*, em 1999, por uma regra mais flexível, permitindo a propriedade, por uma mesma pessoa, de 2 emissoras de televisão (obedecida a *Local TV Multiple Ownership Rule*) e 1 emissora de rádio na mesma localidade, podendo esse último número elevar-se para 6 emissoras de rádio, desde que existentes pelo menos 20 vozes independentes no mercado.⁶⁸ Em 2003, nova norma foi editada pela FCC. Baseada em um complexo índice de diversidade na mídia, que levava em conta o número de jornais diários e semanais, emissoras de rádio e de televisão, bem como de internet na localidade, atribuindo pesos a cada uma dessas mídias, ela vedava qualquer tipo de propriedade cruzada que envolvesse emissora de televisão, em mercados onde existissem apenas 3 delas. Para mercados com mais de 3 e até 8 emissoras de televisão, uma regra intermediária foi adotada, admitindo-se: a propriedade conjunta de um jornal, uma emissora de televisão e até metade do limite local para emissoras de rádio; ou de um jornal e o limite local de emissoras de rádio fixado pelo *Telecommunications Act*. Onde existissem mais de 8 emissoras de televisão, seriam removidas todas as barreiras à propriedade cruzada entre as diferentes mídias.

A regulação editada pela FCC em 2003 foi contestada em diversas ações judiciais movidas por entidades de defesa do pluralismo nas comunicações. Dada a identidade de objeto, os processos foram reunidos para julgamento único, pela Corte de Apelações do 3º Distrito (caso *Prometheus Radio Project v. FCC*, 373 F 3d 372). Em sua decisão, o Tribunal determinou à FCC que reavaliasse parte das regras adotadas, e suspendeu a sua aplicação até que a agência editasse novas regras ou apresentasse justificativas mais sólidas para as existentes. A Corte impugnou a *Local TV Multiple Ownership Rule*, a *Local Radio Ownership Rule* e a *Cross-Ownership Rule*.

Quanto à primeira, entendeu ser arbitrária a permissão para a propriedade de 3 emissoras de televisão em mercados com 18 ou mais estações, porque, na simulação dos efeitos da norma

⁶⁸ No conceito de voz independente, a FCC incluiu os diversos tipos de mídia (televisão herziana, televisão a cabo, rádio, jornais).

no tocante à concentração do mercado, a FCC idealizou participações iguais de mercado das emissoras, o que não se verifica na prática. Ademais, a regra tratava de forma equivalente situações bastante diversas, permitindo a uma pessoa ser proprietária de 3 das 6 maiores emissoras, hipótese que, para fins de aferição da concentração do mercado, seria bem diferente daquela de ser proprietário das três menores emissoras.

No caso da *Local Radio Ownership Rule*, a Corte entendeu que a FCC não teria justificado adequadamente a manutenção das regras anteriores, tendo em vista que, segundo projeções da própria agência, elas estimulavam a formação de mercados com pelo menos 5 emissoras, número que foi considerado um indicativo de grande concentração pelos julgadores. O Tribunal observou, ainda, que o fato de o *Telecommunications Act* ter sido editado sob o influxo de um movimento de desregulamentação da mídia, bem como de ter incumbido a FCC a fazer revisões bienais das regras de antimonopolísticas não era suficiente para conduzir à interpretação de que o papel da agência seria o de simplesmente abolir tais regras.⁶⁹

Já com relação a *Cross-Ownership Rule*, a Corte, além de atentar para falta de razoabilidade do índice de diversidade da mídia, no modo como foi construído (o qual, por exemplo, conferia à internet um peso social que ela não tinha como fonte de informações), reiterou o irrealismo de se atribuir, para fins de cálculo do referido índice, participações iguais de mercado a diferentes veículos de um mesmo tipo de mídia.

Também no plano nacional, a FCC desde cedo estabeleceu regras para impedir a concentração da mídia. A *Multiple Ownership Rule* foi instituída em 1940 e vedava que uma mesma pessoa fosse proprietária de mais de 3 emissoras de TV e 6 de rádio FM no país. Esse limite foi flexibilizado ao longo dos anos. Em 1953, passou a ser de 7 emissoras de TV e 7 de rádio FM, incluindo-se também um limite de 7 emissoras de rádio AM. Em 1984, o número foi

⁶⁹ A Seção 202, *h*, do *Telecommunications Act* dispôs: “A FCC reverá suas regras adotadas em conformidade com esta seção e todas aquelas referentes à propriedade, como parte de seu processo de reforma regulatória, segundo a seção 11 do *Communications Act* de 1934, e determinará se qualquer dessas regras são necessárias ao interesse público, como resultado da competição. A comissão revogará ou modificará qualquer regulação que ela considere não ser mais do interesse público”. No entendimento da Corte, o termo “necessárias” não deveria ser tomado como “indispensáveis”, mas como “convenientes”. Além disso, o verbo “modificará” e a referência ao “interesse público” permitiam concluir que as regras poderiam ser alteradas também para tornar mais rígida a regulação, quando assim o exigisse o interesse público (373 F 3d 372 [394]). Demonstrando a ausência de uma interpretação sólida da lei dentro do próprio Poder Judiciário, no caso *Synclair*, já citado, a Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia havia assinalado que o dispositivo citado fora concebido com o intuito claro de que a FCC prosseguisse o processo de desregulamentação (284 F 3d 148).

aumentado para 12 emissoras, nas três variedades de serviço. Na mesma ocasião, a FCC criou novo interdito à concessão de licenças de televisão, aplicável a quem fosse proprietário de emissoras cuja área de abrangência fosse igual ou superior a 25% do total nacional de domicílios com aparelho receptor. Em 1992, a FCC elevou o limite do número de rádios que poderiam pertencer a uma mesma pessoa, fixando-o em 18. Nova mudança foi promovida, em 1996, pelo *Telecommunications Act*, que eliminou os limites numéricos para o rádio e a televisão, além de elevar para 35% o limite percentual de audiência potencial das empresas de televisão de um mesmo dono, permitindo futuras revisões pela FCC. Valendo-se dessa autorização legal, a agência elevou o limite para 45%, em 2003, sob forte oposição do Congresso. Como resultado desse embate, o Poder Legislativo emendou o *Telecommunications Act*, baixando o percentual para 39% e vedando alterações futuras, por parte da FCC.⁷⁰

No tocante à propriedade cruzada de emissoras de jornais e emissoras de rádio ou televisão, a FCC editou nova regra em 2008, abrindo, em 20 mercados geográficos determinados e sem prejuízo do exame casuístico dos efeitos da concentração, a possibilidade de uma mesma pessoa ser proprietária: (i) de um jornal diário e uma estação de rádio na mesma localidade; ou (ii) de um jornal diário e uma emissora de televisão, desde que esta não estivesse entre as 4 maiores da localidade e houvesse pelo menos 8 importantes vozes independentes na região.⁷¹ Assim como na reforma de 2003, a medida encontrou grande resistência de movimentos de defesa do pluralismo na mídia e se encontra atualmente em discussão na Corte de Apelações do 3º Distrito.⁷²

2.2. A concentração vertical

No plano da concentração vertical, antes da onda de desregulamentação dos anos 1980, a FCC chegou a adotar medidas para preservar o pluralismo na programação de rádio e televisão. Em 1941, foram editadas as *Chain Broadcasting Rules*, destinadas a frear o poder das grandes

⁷⁰ Esse episódio é bastante ilustrativo da influência dos grandes conglomerados de mídia sobre as autoridades incumbidas de regular o setor. Com a fusão da rede CBS com a Viacom, ocorrida em 1999, a *holding* resultante passou a deter emissoras de televisão que alcançavam quase 40% dos lares norte-americanos, em desacordo com a regra que estabelecia o teto de 35%. A FCC permaneceu inerte por algum tempo e, em 2003, elevou esse teto para 45%, regularizando a situação do conglomerado. Ao reagir à decisão da agência, o Congresso reduziu o limite, mas o fez de modo a preservar a situação da Viacom, ao fixá-lo em 39%.

⁷¹ No conceito de importante voz independente, para fins da flexibilização da *Newspaper/Broadcast Cross-Ownership Rule*, a FCC incluiu as emissoras de televisão e os principais jornais.

⁷² Cf. <http://www.multichannel.com/article/443122-FCC_Defends_Crossownership_Stay.php?rssid=20062>. Acesso em: 28 fev. 2010.

redes. Entre as várias previsões, destacavam-se aquelas que limitavam a autonomia contratual, para impedir que as redes usassem de seu poder econômico contra as emissoras locais, nas negociações dos contratos de afiliação. Vedou-se, por exemplo: (i) o estabelecimento de cláusulas de exclusividade que impossibilitassem às emissoras transmitir programação de outras redes; (ii) o controle, pela rede, dos horários de programação das afiliadas; (iii) a celebração de contratos de afiliação com vigência superior a um ano. Contra tais normas se insurgiram as redes, alegando sua inconstitucionalidade, por ofensa à Primeira Emenda. A Suprema Corte, no caso *National Broadcasting Co. v. United States* (319 U.S. 190), rejeitou essa argumentação, considerando legítima a regulação da FCC, que, relativamente à televisão, continua em vigor ainda hoje, compondo a Seção 73.658 do *Code of Federal Regulations*.

A *Prime Time Access Rule*, criada em 1970, foi outra norma com a finalidade de estimular o pluralismo e a programação local. Determinava a reserva de uma hora durante o horário nobre (18h às 22h) para a transmissão, pelas emissoras dos 50 maiores mercados dos EUA, de programas que não fossem das redes às quais se filiavam. Também essa prescrição foi impugnada pelas redes, sem sucesso, tendo sido mantida pelo Poder Judiciário. Veio a ser revogada em 1996.

Uma terceira iniciativa da FCC para promover a diversidade de programação e evitar a concentração vertical na radiodifusão consistiu nas *Financial Interest and Syndication Rules* (*Finsyn Rules*), editadas em 1975, que vedavam a aquisição, pelas redes de televisão, de participação financeira sobre a programação produzida por terceiros, bem como as proibiam de atuar no mercado de produção de programas (permitida a venda, dentro dos EUA, da programação produzida pela própria rede apenas para as suas afiliadas). O propósito de tais regras era estimular o desenvolvimento do mercado de produção de programas, evitando um predomínio das grandes redes nesse setor. Foram revogadas pela FCC em 1995, sob alegação de que as redes não gozavam mais do poder que tinham anteriormente, dado o aumento na competição tanto no setor de produção quanto no de transmissão, inclusive com o crescimento de outras mídias, como a TV a cabo.

Desde a revogação da *Prime Time Access Rule* e das *Finsyn Rules*, a programação oferecida pelas redes tem sido dominada por conteúdo produzido por elas próprias (HITCHENS, 2006, p. 245). Além do desenvolvimento de estruturas verticais internamente, o novo marco

regulatório implantado na década de 1990 propiciou a fusão de empresas produtoras e difusoras de conteúdo (como foi o caso da união entre a rede ABC e os estúdios Disney), acelerando a concentração vertical.

2.3. Consequências da desregulamentação da mídia

Os resultados, em termos de concentração econômica, das reformas regulatórias promovidas nos EUA nas duas últimas décadas podem ser constatados a partir da distribuição de receitas no mercado da mídia. Em 1995, um ano antes do *Telecommunications Act*, 25% do total de receitas do setor de comunicações concentravam-se nas 4 maiores empresas de comunicação, percentual aumentado para 42%, em 1999, e para 49%, em 2001. Para as 8 maiores empresas, esses percentuais foram de 40%, em 1995, de 59%, em 1999, e de 66%, em 2001 (ALBARRAN; MIERZEJEWSKA, 2004, p. 5).

A análise de setores específicos também evidencia esse quadro. Em 1999, as 4 maiores empresas de cada ramo detinham os seguintes percentuais da receita total: 84%, no caso das redes de televisão; 77% no caso das emissoras de rádio e das editoras de revistas; 48% no caso dos jornais. No mesmo ano, considerando-se as 8 maiores empresas de cada ramo, os percentuais eram de: 98% no caso das redes de televisão; 88% no caso das emissoras de rádio; 91% no caso das revistas; 69% no caso dos jornais (CROTEAU; HOYNES, 2006, p. 108). Na primeira edição de sua obra *The media monopoly*, em 1983, Bagdikian apontava o domínio do mercado midiático norte-americano por 50 grandes grupos. Em 2004, esse número havia caído para 5 conglomerados, com atuação concomitante em diferentes mídias e nas diversas etapas de cada indústria: Time Warner, The Walt Disney Company, Murdoch's News Corporation, Viacom e Bertelsmann (Bagdikian, 2004, p. 3, 16).

A desregulamentação das comunicações nos EUA teve profundos reflexos no tocante à representação, na esfera pública, das diversas correntes de opinião existentes na sociedade. No plano político, intensificou-se um processo de aguda partidarização dos grandes conglomerados midiáticos⁷³, que, não por coincidência, assumiram com bastante vigor a defesa de posições políticas identificadas com as do grupo que esteve à frente do governo norte-americano nos

⁷³ Como já assinalado, a partidarização da mídia foi muito comum ao longo do séc. XIX. Contudo, diferentemente da concentração hoje observada no mercado de comunicações, naqueles tempos havia uma multiplicidade de tendências ideológicas representadas na imprensa. De acordo com Bagdikian (2004, p. 11), no início do séc. XX, em toda cidade dos EUA, independentemente de seu tamanho, havia ao menos 5 jornais das mais variadas tendências, competindo pelo público leitor.

últimos 30 anos (o Partido Republicano e a ala mais conservadora do Partido Democrata). Bagdikian (2004, p. 10, 15) observa que:

Os cinco grandes conglomerados midiáticos tornaram-se relevantes atores no processo de alteração da política no país. Eles foram capazes de promover a adoção de novas leis que aumentaram seu domínio empresarial e permitiram abolir regulações que inibiam tal controle. Sua principal realização foi o *Telecommunications Act* de 1996. No processo, o papel dos cidadãos foi diminuído pelo poder das empresas de mídia, juntamente com o das corporações em geral. Na história dos EUA e em sua Constituição, presume-se que somente os cidadãos tenham o direito de determinar a forma de sua democracia. Entretanto, o poder concentrado da mídia nas notícias e comentários, junto com as contribuições políticas das corporações em geral, reduziram a influência dos eleitores sobre quais questões e candidatos serão apresentados no dia das eleições. [...]

Não é uma simples obra do acaso, na política dos meios de comunicação, que três das maiores estações de radiodifusão promovam insistentemente bombásticas posições políticas reacionárias. Os comentaristas das emissoras *Fox* de rádio e televisão, de Murdoch, são, quase que invariavelmente, direitistas. Os dois maiores grupos de rádio, *Clear Channel* e *Cumulus*, diante dos quais as emissoras restantes parecem anãs, são comprometidos com um grande fluxo de programação que faz propaganda ultraconservadora, junto com sua música automática. Vinte e dois por cento dos americanos entrevistados dizem que sua principal fonte de informação são os *talk shows* radiofônicos. Em pouco mais de uma década, o rádio nos EUA tornou-se um poderoso órgão de propaganda reacionária.

Bagdikian fornece outros elementos que corroboram tais conclusões: o uso quase exclusivo, por parte dos grandes veículos de comunicação, de dados e avaliações originados de *think tanks* conservadores, tais como *The Heritage Foundation* e a *Hoover Institution*; a adoção, pelos cinco grandes conglomerados de mídia, de práticas típicas de um cartel, dificultando a entrada de novos competidores no mercado; o intenso *lobby* dessas corporações e seu financiamento a candidaturas; uma unificação do discurso dos principais veículos, relativamente a determinadas questões de interesse das principais corporações norte-americanas, com a promoção de determinados valores perante o público e a exclusão, da esfera pública, de determinados temas.⁷⁴

Como atualmente a atividade política não é pensável sem o recurso aos meios de comunicação de massa, que constituem a principal forma de os indivíduos apreenderem a realidade que extrapassa o nível dos contatos e experiências diretas, as transformações ocorridas

⁷⁴ A submissão da mídia norte-americana a determinadas pautas de interesse dos principais agentes econômicos (que também são os principais financiadores de campanhas políticas) comprometeu em grande parte o seu papel de *watchdog*, sempre invocado como uma das razões para a concessão de imunidades à imprensa. Exemplos recentes da postura acrítica da mídia podem ser identificados na cobertura dada à invasão do Iraque (2003), sob o falso pretexto da ameaça das armas de destruição em massa, e na excessiva ortodoxia dos meios de comunicação no jornalismo econômico, ao passarem anos celebrando os feitos das grandes empresas e de seus executivos, ao tempo em que fechavam os olhos a evidências em contrário divulgadas por aquilo que consideravam ser publicações à esquerda e por organizações não-governamentais de fiscalização. Com isso, escândalos no mundo corporativo e financeiro só conquistaram as manchetes de jornais após a maior parte de seus efeitos deletérios ter sido produzida, como nos casos Enron (2001) e Maddoff (2008).

nas últimas décadas fizeram com que os eleitores norte-americanos se defrontassem com “o mais limitado leque de escolhas políticas e ideológicas entre todas as democracias industrializadas do mundo” (BAGDIKIAN, 2004, p. X).

O controle dos principais veículos de comunicação por alguns poucos grupos empresariais com interesses e orientação ideológica semelhantes, somados à abolição de instrumentos regulatórios para a promoção da diversidade, como a *Fairness Doctrine*, e a um sistema político plutocrático, cada vez mais hermético e restritivo da participação de grupos que não contem com o apoio dos grandes financiadores, tem levado o país a um progressivo afastamento dos ideais democráticos que animaram a sua formação como nação independente.⁷⁵

⁷⁵ Uma discussão sobre as transformações ocorridas na nação de pequenos proprietários do início de séc. XIX, a submissão da política aos interesses econômicos dos grandes grupos empresariais nos EUA e seus reflexos no funcionamento do regime democrático norte-americano pode ser encontrada em Dahl (1990).

CAPÍTULO V

DIREITOS PRESTACIONAIS DE COMUNICAÇÃO NO BRASIL

1. A Comunicação Social na história brasileira

A Revolução Constitucionalista do Porto de 1820 pode ser identificada como o marco inicial da imprensa no Brasil. Havendo as Cortes Gerais estabelecido o fim da censura prévia no Reino, verificou-se uma proliferação de jornais também na colônia sulamericana. A exemplo do que ocorrera na França revolucionária e nas treze colônias norte-americanas em processo de emancipação, a imprensa brasileira efervescente caracterizava-se pelo seu caráter artesanal e notadamente opinativo e panfletário. A parcialidade das publicações opinativas era, de certo modo, equilibrada pela representação dos diversos grupos ideológicos, já que os custos de edição não se revelavam impeditivos da participação, no debate público, das mais variadas tendências: “os jornais funcionavam como tribunas ampliadas. Todos tinham engajamento ideológico e compromisso doutrinário” (RIBEIRO, 2007, p. 20). Como os investimentos necessários à publicação eram relativamente baixos, manter um jornal podia mesmo constituir uma empresa individual.

Embora a Constituição de 1824, a exemplo de outras cartas constitucionais da época, previsse a liberdade de expressão, vedando a censura (art. 179, IV), foram comuns perseguições, atentados e prisões de jornalistas nas primeiras décadas de existência do Brasil como nação independente. Por outro lado, a força da imprensa também pôde ser constatada em sua decisiva participação nos episódios que levaram à abdicação de D. Pedro I. O padrão de jornalismo opinativo prosseguiu no Segundo Reinado, em um cenário de maior tolerância governamental.

É sobretudo a partir da República que o jornalismo assume feições mais informativas e se consolida como atividade empresarial, financiada pela propaganda. Progressos técnicos e melhorias nos transportes e na rede de distribuição possibilitam o surgimento de jornais de maior circulação. Isso não significa necessariamente o fim da imprensa de opinião e de seu uso como instrumento de divulgação de ideias das agremiações políticas.⁷⁶ Entretanto, em que pese o seu grande número, os jornais e revistas que não contassem com uma estrutura sólida de financiamento tendiam a ter uma vida efêmera. É, portanto, nas primeiras décadas republicanas,

⁷⁶ Pesquisa do Departamento Nacional de Estatística dá notícia da existência de 2.959 títulos de periódicos no Brasil em 1930 (COHEN, 2008, p. 103).

que se desenvolve no Brasil um processo semelhante ao descrito por Habermas, de transformação da imprensa de opinião em um empreendimento capitalista, o qual se verificara na Europa ao longo do séc. XIX.

A Constituição de 1891, em seu catálogo de direitos, repetiu a previsão da Carta anterior, assegurando “a livre manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura” (art. 72, § 12). Ainda assim, os primeiros anos do regime republicano se caracterizaram por violações de tal liberdade, máxime contra defensores da monarquia extinta. Durante os governos civis também se verificaram restrições a essa liberdade, sobretudo nos períodos de vigência do estado de sítio.⁷⁷ A repressão era notadamente mais severa com veículos alternativos, como os jornais operários, de orientação anarquista. Outra estratégia comumente utilizada pelo poder político era o aliciamento: “Campos Salles, por exemplo, seria lembrado, entre outros aspectos de seu governo, por dispor de verba governamental secreta, destinada a comprar a opinião de jornais e jornalistas” (ELEUTÉRIO, 2008, p. 86).

Relativamente ao regime anterior, a Carta de 1934 inovou o tratamento da matéria em dois pontos básicos: (i) ao constitucionalizar o direito de resposta (art. 113, n. 9); e (ii) ao vedar a propriedade de empresas jornalísticas a sociedades anônimas e a estrangeiros, determinando a atribuição da responsabilidade principal e da orientação intelectual e administrativa dos veículos de imprensa a brasileiros natos (art. 131). Além disso, reservou à União a competência para explorar, diretamente ou por meio de concessão, os serviços de radiocomunicação (art. 5º, VIII), algo que já havia sido previsto pelo Decreto nº 21.111, de 1932, do Governo Provisório de Vargas.

Cabe registrar que, no período que abrange o séc. XIX e a primeira metade do séc. XX, o público leitor representava uma parcela ínfima da população, uma vez que a maioria dos brasileiros era analfabeta (o Censo de 1890 registrou uma taxa de analfabetismo de 82,6%).⁷⁸ É por isso que só se pode falar numa verdadeira comunicação de massas no Brasil com o surgimento e desenvolvimento do rádio. Muitas das primeiras estações foram fundadas por

⁷⁷ Praticamente todo o mandato do Presidente Artur Bernardes (1922-1926) transcorreu sob a vigência do estado de sítio. Em seu governo foi aprovada uma lei de imprensa particularmente severa com os jornalistas (Decreto nº 4.743, de 1923), prevendo, por exemplo, pena de prisão para quem ofendesse o Presidente da República, mesmo que o fato não constituísse calúnia ou injúria, os crimes contra a honra previstos pelo Código Penal de então.

⁷⁸ Sobre as taxas de analfabetismo no Brasil, cf. FERRARO, Alceu Ravanello. Analfabetismo e níveis de letramento no Brasil: o que dizem os censos? *In: Educação & Sociedade*, Campinas, v. 23, n. 81, p. 21-47, dez. 2002.

controladores dos jornais de maior circulação, em um processo considerado o embrião da estrutura contemporânea da mídia no Brasil, caracterizada pela propriedade cruzada de empresas de comunicação e pela elevada concentração econômica do mercado (GÖRGEN, 2008, p. 207).

Durante o Estado Novo, prosseguiu o mecanismo de estímulos positivos e negativos no relacionamento entre governo e imprensa. Contra os veículos de comunicação críticos e de oposição, a ditadura podia-se valer da censura prévia, expressamente autorizada pela Constituição de 1937 (art. 122, n. 15), e institucionalizada na figura do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP). De outro lado, consolidou-se o uso da publicidade oficial, a concessão de empréstimos, benefícios e isenções como estratégia de cooptação da imprensa. Um dos expedientes mais frequentes era a isenção do imposto alfandegário na importação de papel.

A redemocratização não mudou muito esse cenário, exceto no tocante à censura, que voltou a ser vedada pela Constituição de 1946 (art. 141, § 5º). Essa Carta repetiu as restrições à propriedade de empresas jornalísticas existentes no regime de 1934, estendendo-as às empresas de radiodifusão (art. 160). Admitiu, contudo, a propriedade de tais empresas por partidos políticos nacionais. A radiodifusão foi qualificada como serviço público a cargo da União, explorado diretamente ou por meio de autorização ou concessão (art. 5º, XII).

A ausência de regulação permitiu a formação de grandes grupos de comunicação, entre os quais o de Assis Chateaubriand, com os Diários Associados, uma rede que incluía jornais, revistas, emissoras de rádio e a primeira emissora de televisão, a TV Tupi, fundada em 1950. Diferentemente do que ocorreu nos EUA, com o *Communications Act* de 1934, o Brasil somente veio a ter legislação limitadora da propriedade de meios de comunicação em 1967, com o Decreto-Lei nº 236.

Ressaltar a grande influência do Estado sobre os meios de comunicação, seja pelo uso de instrumentos repressivos, seja pela cooptação financeira, é enxergar apenas um lado da moeda. Com o surgimento dos impérios comunicacionais e a concentração econômica no setor, a mídia passou a interferir cada vez mais no processo político e, em alguns momentos, a ditar o seu próprio ritmo. Ao usar o poder comunicativo de suas empresas para auferir vantagens econômicas, Chateaubriand não se restringiu à esfera política.⁷⁹ São conhecidos casos de

⁷⁹ O império de Chateaubriand reunia, em seu auge, 90 empresas. Além de jornais e da mais importante revista da época (O Cruzeiro), incluía 28 emissoras de rádio e 9 de televisão. O seguinte episódio, narrado por Laurenza (2008,

empresas que se tornavam anunciantes em seus jornais para evitar a publicação de notícias desfavoráveis, verdadeiras ou manipuladas (LAURENZA, 2008, p. 183). A força de determinados veículos de imprensa se fez sentir em diversos momentos da vida política, chegando, em alguns casos, a protagonizar episódios de crise institucional. Exemplo disso pode ser encontrado na atuação de Carlos Lacerda e sua Tribuna da Imprensa nos incidentes que redundaram no suicídio de Getúlio Vargas e na tentativa frustrada de impedimento da posse de Juscelino Kubitschek.

No setor de radiodifusão, um novo regramento foi aprovado em 1962. Carente de normas restritivas da concentração econômica, a Lei nº 4.117, estabeleceu, contudo, algumas obrigações a serem cumpridas pelas empresas concessionárias e permissionárias, entre as quais: (i) o atendimento de finalidades educativas e culturais na execução dos serviços; (ii) a destinação de pelo menos 5% do tempo de sua programação a serviços noticiosos; (iii) a reserva de 2 horas diárias de sua programação, nos 3 meses anteriores aos pleitos eleitorais, para uso pelos candidatos e partidos.

A Lei previu, igualmente, o direito de resposta na radiodifusão, consistente na transmissão de resposta escrita de quem fosse ofendido em programação de emissora de rádio ou televisão, dentro de 24 horas a contar da solicitação. No caso de inércia da emissora, o ofendido poderia solicitar, junto ao Poder Judiciário, a exibição forçada de sua resposta. Estabeleceu-se prazo de 24 horas para cada ato processual, a denotar a celeridade requerida nesse tipo de demanda. Ademais, conferiu-se efeito apenas devolutivo ao recurso de apelação, prevendo uma indenização em favor da emissora, correspondente aos custos de transmissão, no caso de decisão final a ela favorável. Tais disposições foram revogadas pelo Decreto-Lei nº 236, de 1967, tendo em vista o tratamento unificado dado ao direito de resposta na imprensa e na radiodifusão pela Lei nº 5.250, de 1967.

O Decreto nº 52.795, de 1963, que regulamentou a Lei nº 4.117, de 1962, disciplinou o

p. 185) é bem ilustrativo de sua influência política: “Vargas presidente de novo: era também hora de mostrar a fatura dos Associados pelo apoio recebido. À procura de um amparo institucional que lhe garantisse imunidade a eventuais processos civis e criminais, Chatô insistiu em ser senador da República em 1952. Para um simples mortal, o jeito era aguardar as próximas eleições previstas para 1954. Mas Chateaubriand, numa prova de prestígio e poder acima da República, abre uma vaga no Senado. O jornalista faz acordo com o presidente Vargas, que oferece ao então senador e seu suplente do estado natal de Chatô, a Paraíba, cargos públicos no Tribunal de Contas da União. Concorrentes afastados, restava persuadir a justiça eleitoral a anunciar novas eleições para senador no estado. Acordo selado. [...] O séquito do candidato segue distribuindo notas de CR\$ 5,00 a CR\$ 10,00. Nos moldes da Primeira República, ele vence a bico de pena”.

processo de outorga, estabelecendo preferências, na escolha das empresas proponentes, por aquelas: (i) dirigidas por residentes no local de prestação de serviço; (ii) com maior número de acionistas ou cotistas; (iii) com melhores condições técnicas para a execução do serviço; e (iv) que dedicassem maior tempo de sua programação a transmissões ao vivo, a atividades educacionais e a serviços noticiosos. Tais critérios deveriam ser levados em conta pelo Conselho Nacional de Telecomunicações na seleção de permissionárias de serviços locais de rádio. Quanto aos serviços regionais e nacionais de rádio, bem como os de televisão, sua outorga se dava mediante concessão, por livre escolha do Presidente da República, dentre os proponentes que satisfizessem as condições editalícias. Os prazos de concessão e permissão foram fixados em 10 anos para os serviços de radiodifusão sonora e em 15 anos para a televisão, existindo direito de renovação da outorga, quando cumpridas as exigências legais e regulamentares, bem assim as finalidades educacionais, culturais e morais da permissionária ou concessionária.

Durante o Regime Militar instaurado em 1964, ressurgiu a censura prévia. Conquanto a Constituição de 1967 (art. 150, § 8º) e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 153, § 8º) previssessem a liberdade de manifestação do pensamento, independentemente de censura, o governo a reinstituiu, valendo-se da parte final do dispositivo constitucional protetor daquela liberdade, a qual vedava a propaganda de guerra, de subversão à ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, bem como as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes. Com base nessa prescrição, foi editado o Decreto-Lei nº 1.077, de 1970, que incumbiu o Ministério da Justiça de realizar o controle dos meios de comunicação e coibir publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

No tocante à concentração da mídia, a primeira norma destinada a combatê-la foi o Decreto-Lei nº 236, de 1967, ainda hoje vigente. Em seu art. 12, ele prevê diversas restrições à propriedade de empresas de radiodifusão. No caso das concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão de sons, os limites são de: (i) no máximo 4 de estações locais de ondas médias e 6 de frequências modulada; (ii) no máximo 3 estações regionais de ondas médias e 3 de ondas tropicais, com no máximo 2 por Estado; (iii) no máximo 2 estações nacionais de ondas médias e 2 de ondas curtas. Quanto à radiodifusão de sons e imagens, os limites fixados são de 10 estações em todo território nacional, sendo no máximo 5 em VHF e 2 por Estado. Para efeito de tais restrições, que se estendem aos sócios de tais empresas, o mesmo dispositivo estabelece não serem levadas em consideração as estações repetidoras e retransmissoras de televisão,

pertencentes às estações geradoras. Por outro lado, veda a subordinação das empresas concessionárias ou permissionárias a outras entidades que se constituam com a finalidade de estabelecer direção ou orientação única, por cadeias ou associações.

Além de não envolverem o setor de mídia impressa, as limitações previstas no Decreto-Lei tiveram pouco efeito prático. Ao discorrer sobre a política de radiodifusão durante o Regime Militar e o crescimento das Organizações Globo no período, Görger (2008, p. 203) observa:

Partindo de uma família de empresários que já praticava a propriedade cruzada no setor de rádios e jornais, e usando subterfúgios para receber capital estrangeiro vedado pela Constituição, a TV Globo valeu-se sobremaneira da política de segurança nacional dos militares para formar uma vasta rede de relações políticas com grupos regionais em todos os estados brasileiros. A estrutura desenhada pelos estrategistas da Globo no final dos anos 1960 transformou-se na configuração preferencial de todas as redes que vieram depois [...].

Para manter a fidelidade à cabeça-de-rede nas principais praças e garantir os resultados financeiros, as famílias dos grupos afiliados tratavam de criar o seu modelo de afiliação intraregional usando de sua influência junto ao governo militar para receber concessões de rádio e TV e entregá-las a parentes e amigos. Com isso, burlava-se o Decreto-Lei nº 236/67. Oficialmente, não havia concentração econômica, pois as emissoras estavam todas em nome de pessoas, ou entidades, como diz a lei – distintas.

Somente a partir do fim da década de 1960 a televisão passa a ter maior importância como meio de comunicação de massa no Brasil. Em 1968, havia 4 milhões de aparelhos receptores, para uma população de pouco menos de 90 milhões de habitantes. O desenvolvimento do setor dependeu, de um lado, da ampliação do público, o que foi facilitado por programas de crédito ao consumidor (para a compra de aparelhos receptores), e, de outro, pelos investimentos do governo em infraestrutura de telecomunicações, que possibilitaram, a partir de 1969, a realização de transmissões nacionais de TV, por emissoras que, até então, tinham caráter meramente regional (LIMA, 2001, p. 156).

Embora a Constituição de 1946 vedasse a estrangeiros deter a propriedade de emissoras de radiodifusão ou assumir a sua orientação intelectual e administrativa, em 1965 foi constituída a TV Globo, mediante um acordo de cooperação técnica entre as organizações Globo e o grupo *Time-Life*, que previa participação do grupo estrangeiro nos lucros do empreendimento, bem como sua assistência na elaboração do conteúdo da programação. O caso foi objeto de investigação por uma comissão parlamentar de inquérito, que concluiu pela irregularidade do negócio. Entretanto, o processo instaurado no âmbito do Poder Executivo foi arquivado pelo Governo Costa e Silva. Ao longo do Regime Militar, deu-se uma aliança entre a Rede Globo e

governo, que, de um lado, possibilitou o notável crescimento desse grupo empresarial e, de outro, foi “fundamental para dar sustentação e legitimação à hegemonia do autoritarismo”, a ponto de um alto funcionário da empresa qualificá-la como “o produto mais bem acabado e mais bem-sucedido da ditadura” (LIMA, 2001, p. 161 e 163).

Além de suas próprias concessões de TV, as Organizações Globo em um período de 10 anos (1972-1982), aumentaram o número de emissoras afiliadas de 3 para 36. Tornaram-se, então, a quarta maior rede de TV do mundo, atingindo 99% dos domicílios que dispunham de aparelho receptor e recebendo 70% da verba publicitária do setor no Brasil, numa situação qualificada por Lima (2001, p. 164) de “virtual monopólio” e reconhecida por integrantes do próprio governo militar como de “pré-monopólio”. É importante lembrar que esse fenômeno não teria acontecido sem a chancela do Estado, que detinha o poder de selecionar os concessionários, era responsável por parte significativa da verba publicitária e controlava a infraestrutura de transmissão por satélite, por meio da Embratel. Cumpre registrar que a própria Emenda Constitucional nº 1, de 1969, previa como um dos princípios da ordem econômica, a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados (art. 160, V).

Como assinalado anteriormente, as relações entre Estado e mídia no Brasil não devem ser analisadas de modo unidirecional, como se o governo sempre determinasse os rumos e a orientação dos meios de comunicação e não houvesse condicionamentos recíprocos. Os grandes grupos midiáticos têm uma influência decisiva sobre o processo político, e isso ocorreu no Brasil mesmo sob um regime de Estado forte e repressor. Ao descrever esse período histórico, Lima (2001, p. 169-170) assinala que:

Servindo ao regime autoritário por meio de distorção, omissão e promoção de informação, a Rede Globo servia a si mesma, trabalhando para consolidar seu “virtual monopólio” e o conglomerado de empresas ao qual pertencia. Porém, na medida em que as contradições internas do “bloco histórico” se aguçavam e a Rede Globo se consolidava como um “virtual monopólio”, as divergências políticas entre o regime autoritário e as Organizações Globo foram se tornando mais visíveis. [...]

Ainda em 1975, o ministro das Comunicações, coronel Quandt de Oliveira, antecipou, como já vimos, as preocupações do regime autoritário ao afirmar, genericamente, o temor de que o poder da televisão se constituísse numa “grande ameaça”, na medida em que poderia ser um “instrumento de apoio ou oposição”, ameaçando “fugir do alcance de qualquer instituição de controle ou regulação e, portanto, se transformando na hidra dos nossos dias”. Nesta afirmação já estava clara a contradição dentro do regime autoritário: ele ajudou a criar (e foi sustentado pelo) o monstro que, eventualmente, desafiaria o próprio regime.

O rompimento entre as Organizações Globo e o governo militar ficou patente pela

oposição manifestada à escolha de Paulo Maluf como candidato governista, nas eleições indiretas para a sucessão do Presidente Figueiredo.

Ainda durante o Regime Militar, desenvolveu-se uma prática que veio a ser batizada como “coronelismo eletrônico”, caracterizada pelo controle, por grupos políticos (em geral, familiares), de emissoras locais e regionais de rádio e televisão, afiliadas a uma cabeça-de-rede nacional e dependentes, em grande parte, da publicidade oficial. O coronel eletrônico, valendo-se do controle que detém sobre a emissora, “promove a si mesmo e aos seus aliados, hostiliza e cerceia a expressão dos adversários políticos e é fator importante na construção da opinião pública cujo apoio é disputado tanto no plano estadual como no federal” (LIMA; LOPES, 2007, p. 3).⁸⁰

Até o advento da Constituição de 1988, a concessão de serviços de radiodifusão se dava exclusivamente por ato do Poder Executivo, que se valia dessa prerrogativa para distribuir concessões a aliados políticos. O clientelismo no setor de radiodifusão, iniciado no Regime Militar, atingiu seu auge no Governo Sarney (1985-1990), que, até as vésperas da promulgação da nova Carta, fez nada menos do que 1.028 outorgas, boa parte delas utilizadas como moeda de troca na aprovação de pontos do interesse do Executivo na Assembleia Constituinte (GÖRGEN, 2008, p. 205).⁸¹

A fraca legislação não foi capaz de coibir a prática clientelista. Além de a distribuição de frequências não se sujeitar a processo licitatório, a Lei nº 4.117, de 1962, vedou apenas o exercício da função de diretor ou gerente de concessionária de serviço de radiodifusão por quem estivesse em gozo de imunidade parlamentar ou sujeito a foro especial (art. 38, parágrafo único). Assim, para cumprir a letra da lei, bastaria ao político não ocupar formalmente cargo de direção na emissora.

De forma análoga, as restrições à propriedade de emissoras, estabelecidas pelo Decreto-

⁸⁰ Nem a Lei nº 4.117, de 1962, nem o Decreto-Lei nº 236, de 1967, ambos ainda hoje em vigor, determinam que outorga das concessões de rádio e televisão seja precedida de licitação. O certame somente passou a ser feito em virtude de alteração no Regulamento dos Serviços de Radiodifusão (Decreto nº 52.795, de 1963) promovida pelo Decreto nº 1.720, de 1995.

⁸¹ O mesmo autor oferece uma boa ideia da magnitude desse número, ao compará-lo com o total de outorgas realizadas de 1934 até então: 2.117. Segundo dados coletados no âmbito do projeto *Donos da Mídia*, coordenado pelo autor, há hoje no Brasil 271 políticos sócios de veículos de comunicação no Brasil. Na verdade, esse número pode ser bem maior, uma vez que o levantamento retrata a realidade anterior às eleições municipais de 2008 e envolve apenas prefeitos, senadores, deputados federais e estaduais. Por outro lado, a pesquisa levou em conta a propriedade não apenas de emissoras de radiodifusão, mas também canais e provedores de TV por assinatura, jornais e revistas. Os dados podem ser encontrados em <<http://donosdamidia.com.br/inicial>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

Lei nº 236, de 1967, pelo seu caráter pessoal, costumavam ser (e ainda hoje são) dribladas mediante a distribuição de concessões a membros de uma mesma família. Dois levantamentos feitos pelo jornal *Folha de S. Paulo*⁸², com base em cadastro do Ministério das Comunicações (que se tornou disponível ao público em geral apenas em 2003), revelaram que a família Marinho, controladora das Organizações Globo, detinha 17 emissoras de TV no país em 1994, número esse aumentado para 32, em 2000. Esse mesmo padrão era reproduzido por outras famílias, como os Saad (Rede Bandeirantes) e os Abravanel (SBT), e consistia em registrar as concessões em nome de cônjuges, irmãos, filhos e netos. Na verificação dos requisitos a serem observados pelos concessionários, o poder concedente limita-se a aplicar a legislação em sua literalidade, exonerando-se de perquirir sobre a teleologia da norma e fazendo *tabula rasa*, no plano administrativo, dos desenvolvimentos operados no Direito Econômico a respeito das manifestações do controle de fato de sociedades empresárias (FARACO, 2009, p. 171).

Outra consequência da ausência de regulação adequada da radiodifusão foi o pequeno espaço destinado à programação local. Para as emissoras locais e regionais, revelou-se mais interessante manter o *status* de afiliadas das grandes redes, e retransmitir, na maior parte de sua grade, a programação das principais emissoras do eixo Rio-São Paulo, em prejuízo ao pluralismo e à diversidade de conteúdos. Segundo Menezes (2002, p. 14), a parcela de tempo destinada a assuntos locais não ultrapassa os 20% do total da transmissão, consistindo basicamente em noticiário e comerciais.⁸³ O modelo de afiliação verificado no Brasil reforça a tendência de concentração de poder nas mãos de grandes grupos midiáticos, como assinala Faraco (2009, p. 173):

Apesar de a titularidade formal sobre as diversas estações integrantes da rede ser diversificada, as relações verticais que se estabelecem entre os seus titulares fazem com que, de fato, as várias empresas fiquem sob alguma forma de controle daquelas que geram e centralizam a programação da rede. Há, normalmente, um contrato de afiliação com base no qual a entidade central da rede fornece a suas afiliadas a programação e recebe, em contrapartida, o direito de explorar com exclusividade a publicidade no mercado nacional. Essas relações contratuais contêm cláusulas de exclusividade e permitem, em regra, considerável controle sobre as atividades da afiliada. O resultado é uma grande uniformidade de conteúdo em âmbito nacional e um setor organizado a partir de fortes vínculos de cooperação e submissão entre os agentes econômicos envolvidos.

⁸² Cf. LOBATO, Elvira. Concessões crescem em família, *Folha de S. Paulo*, 16 set. 2000, TV brasileira 50 anos, p. 4-5.

⁸³ Esse percentual costuma, na verdade, ser bem inferior. Os programas locais da Rede Globo, por exemplo, não totalizam mais do que duas horas de sua grade.

Durante a Constituinte de 1987-1988, houve tentativas de mudar o quadro herdado da ditadura militar. Foram elas em grande parte frustradas, em decorrência do poderoso *lobby* das entidades representativas das empresas de comunicação, muitas destas de propriedade dos próprios constituintes.

O anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão Afonso Arinos trazia muitos avanços em relação à matéria. Em alguns pontos, revelava-se mais inovador do que o próprio texto final aprovado pelos constituintes. Previa, entre outras coisas: (i) o acesso gratuito dos partidos políticos aos meios de comunicação social (art. 66, § 3º); (ii) os deveres do sistema de comunicação social integrado pela imprensa, pelo rádio e pela televisão, de atender à sua função social e de respeitar a verdade, a livre circulação e difusão universal de informação, a compreensão mútua e os fundamentos éticos da sociedade (art. 399); (iii) a qualificação dos serviços de TV a cabo como serviços públicos sujeitos a concessão (art. 400, II); (iv) a sujeição das concessões de serviços de radiodifusão a processo licitatório (art. 400, § 2º); (v) a reserva prioritária de canais e frequências a entidades educacionais, culturais e político-partidárias (art. 401, parágrafo único); (vi) a criação de um conselho de comunicação social, composto majoritariamente por representantes da sociedade, com competência para fazer a outorga das concessões, assegurar o uso das frequências com observância do pluralismo ideológico, promover a revogação judicial das outorgas expedidas, quando verificado o não-cumprimento de sua função social, e decidir sobre a sua renovação (art. 403); (vii) o estabelecimento, em lei, dos critérios de atendimento da função social e ética do rádio e da televisão (art. 403, parágrafo único). Algumas dessas previsões vieram a figurar na Constituição de 1988. Outras, embora não constem expressamente de seu texto, podem defluir de uma interpretação sistemática e principiológica de seu texto, como se verá mais adiante.

Iniciados os trabalhos da constituinte, a Federação Nacional dos Jornalistas, ao tempo em que denunciou a política de distribuição de concessões a políticos, promovida pelo Governo Sarney, patrocinou a apresentação de emenda popular que vedava aos proprietários de empresas de radiodifusão a titularidade de mais de uma concessão, bem como atribuía a competência para realizar as outorgas a um conselho nacional de comunicação, integrado por representantes da sociedade civil, o qual decidiria *ad referendum* do Congresso Nacional.⁸⁴

⁸⁴ Cf.: FENAJ. Governo Sarney: 527 outorgas em menos de três anos de governo. 1988. Disponível em: <<http://donosdamidia.com.br/media/documentos/527Outorgas.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2010. Na ocasião,

Na Subcomissão temática de Ciência e Tecnologia e de Comunicação, a Deputada Cristina Tavares incorporou a proposta no relatório que apresentou. O conselho seria composto por representantes das entidades empresarias, dos profissionais de comunicação, do Poder Executivo e das casas do Congresso Nacional, da comunidade científica, universitária e do setor cultural. Além da atribuição de outorgar e renovar concessões, ao conselho competiria fixar tarifas cobradas de seus concessionários, promover a introdução de novas tecnologias de comunicação e dispor sobre a organização e transparência das concessionárias, da qualidade técnica das transmissões, da programação regional, em rede e da garantia de mercado para os programas de produtoras independentes. A proposta estabelecia, ainda, o prazo máximo de 10 anos para a vigência das concessões, que seriam precedidas de licitação.

A força do *lobby* das empresas de comunicação se impôs e o relatório não prosperou. Em seu lugar, a Subcomissão aprovou emenda substitutiva do Deputado José Carlos Martinez, concessionário de radiodifusão, que suprimia o conselho, atribuindo ao Congresso Nacional a competência de outorgar as concessões. Em um cenário no qual o coronelismo eletrônico já era uma prática comum, o texto aprovado na Subcomissão contribuía para fortalecê-lo.

As controvérsias em torno da matéria assumiram tamanha dimensão, que a única área temática a não encaminhar relatório final à Comissão de Sistematização foi a de comunicação social. O texto levado a votação em plenário foi elaborado pelo Relator-Geral, Deputado Bernardo Cabral, mesclando pontos de um anteprojeto do Senador Artur da Távola e de uma proposta que contava com o apoio de setores conservadores (GÖRGEN, 2008, p. 206). O resultado foi um texto intermediário, afinado na essência aos interesses das empresas de comunicação, mas que fez algumas concessões ao lado oposto. O conselho foi reincorporado, mas com funções auxiliares e consultivas do Congresso Nacional.

Não obstante a disciplina da comunicação social na nova Constituição apresente diversos avanços em relação ao regime anterior, boa parte das inovações tem a sua eficácia condicionada à edição de leis que, até o momento, não foram editadas. Em face desse *deficit* de efetividade,

representantes dos grandes grupos de comunicação se manifestaram ferrenhamente contrários à criação do Conselho, que também teria competência de aferir o cumprimento da função social dos meios de comunicação. Nesse sentido, por exemplo, a intervenção de Roberto Civita na reunião de 28 de abril de 1987 da Subcomissão de Ciência e Tecnologia e de Comunicação criticando a participação da sociedade civil em sua composição. Cf. Atas da Subcomissão, p. 59. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/constituente/8b%20-%20SUB.%20CIÊNCIA%20E%20TECNOLOGIA%20E%20DA.pdf>. Acesso em 28 fev. 2010.

pouca coisa mudou na prática, no que diz respeito ao pluralismo e à democratização dos meios de comunicação social. O quadro atual das comunicações no Brasil apresenta, segundo Lima (2001, p. 96), três características marcantes: (i) a concentração da atividade nas mãos de poucos grupos familiares e das elites políticas locais e regionais; (ii) a ascensão das igrejas, principalmente as evangélicas, como atores no setor; (iii) a manutenção do poder hegemônico das Organizações Globo no mercado.

As 6 principais redes de TV do Brasil (Globo, SBT, Record, Rede TV, Bandeirantes e CNT) vinculam-se a 90% das emissoras de TV do país (GÖRGEN, 2008, p. 209). De 2000 a 2007, a despeito do aumento da receita com publicidade em todas as plataformas de mídia, apenas a TV, dentre os meios de comunicação tradicionais, apresentou um aumento de participação no total dessa receita, passando de 57,98% para 59,21%. O rádio, jornais e revistas tiveram uma redução percentual, acompanhada do aumento de receita das novas mídias (TV paga e Internet). Se a concentração de propriedade já era uma característica na radiodifusão brasileira desde os seus primeiros tempos, as oportunidades econômicas geradas por uma estratégia multimídia, com ganhos de escala proporcionados pela distribuição de um mesmo conteúdo em diversas plataformas, tende a acentuar esse processo de formação de monopólios e oligopólios comunicativos. No Brasil, como no mundo, o setor da mídia foi um daqueles nos quais mais ocorreram fusões de empresas nas últimas décadas. Nesse cenário, “evitar que a viabilidade econômica desses conglomerados não inviabilize a pluralidade de ideias e opiniões que circulam na esfera pública é um dos nós a desatar” (GÖRGEN, 2008, p. 215), se se pressupõe que a obediência ao princípio constitucional do pluralismo e o respeito às liberdades de expressão e de formação da opinião não podem ser alcançados a partir de uma postura meramente absentéista do Estado.

2. A Comunicação Social na Constituição de 1988

O constituinte de 1988 houve por bem dedicar um capítulo inteiro à Comunicação Social (arts. 220 a 224), onde está reunida a maior parte das prescrições sobre o tema. Há, todavia, diversos outros dispositivos ao longo do texto constitucional que preveem direitos comunicacionais ou enunciam princípios que funcionam como vetores interpretativos dos artigos que tratam especificamente do fenômeno comunicativo. Já em seu art. 1º, a Constituição identifica alguns desses princípios, ao estatuir que a República Federativa do Brasil se constitui

como Estado Democrático de Direito, tendo, entre seus fundamentos, o pluralismo político.

Na definição de Bandeira de Mello (1971, p. 285), princípio constitui o:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. [...]

Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma lei que fira um princípio adotado pela Lei Magna.

A interpretação de cada uma das normas constitucionais deve ser feita, portanto, com atenção aos princípios fundamentais enunciados no Título I da Carta. Há mesmo quem defenda existir uma hierarquia intraconstitucional, de acordo com a qual os princípios teriam força vinculante sobre as demais disposições, “sobretudo no instante do exercício interpretativo” (DANTAS, 1995, p. 73), donde nasceria, para o exegeta, o dever de interpretar todas as normas constitucionais à luz desses princípios.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rejeita a ideia de que haja hierarquia entre as normas constitucionais que possa dar azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras.⁸⁵ Isso não significa, contudo, um interdito à interpretação principiologicamente orientada das normas constitucionais. Na verdade, é da própria natureza dos princípios servir como vetor para interpretação de normas. Ao lado de uma função nomogenética, os princípios também orientam a exegese das normas existentes.

Os princípios fundamentais da Constituição de 1988 informam a estrutura ideológica do Estado brasileiro e os valores que presidiram a elaboração da Constituição (DANTAS, 1995, p. 59), entre os quais estão o pluralismo político e a democracia. O pluralismo político não deve ser confundido ou limitar-se à diversidade de correntes políticas organizadas em partidos. Quando o constituinte quis se referir ao pluralismo partidário, fê-lo em dispositivo específico (art. 17, *caput*). A política envolve uma realidade muito mais abrangente do que a retratada pelo regime representativo organizado em partidos. O fenômeno político é onímico, manifesta-se nas diversas esferas da vida social. Assim, parece legítimo fazer uma leitura conjugada dos conceitos de pluralismo político e de sociedade pluralista, esta última expressão referida no preâmbulo do texto constitucional. Por isso, quando se fala de pluralismo político, pode-se associá-lo ao

⁸⁵ Cf. ADI n° 815 (STF, DJ de 10.05.1996).

pluralismo ideológico e à proteção das diversas concepções sobre a sociedade e o Estado, e sobre como eles devem se organizar.

Outro argumento para conferir uma interpretação mais ampla do princípio pluralista pode ser buscado no Direito Comparado. A Constituição Portuguesa, em seu art. 1º, proclama ser a República Portuguesa um Estado de direito democrático, baseado no pluralismo de expressão e organização política democráticas. Ademais, seu art. 288, inclui entre as cláusulas pétreas o pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática. Não obstante a associação promovida pelo texto constitucional entre pluralismo e regime político, a compreensão do princípio pluralista pela doutrina é muito mais larga do que a resultante de um apego à literalidade dos dispositivos (MACHADO, 2002, p. 367):

Na raiz do princípio do pluralismo encontra-se, em boa medida, o princípio democrático. Todavia, o mesmo tem relevância, não apenas no quadro do sistema político, mas em todos os subsistemas de acção social. O princípio do pluralismo de expressão exclui liminarmente soluções de tipo totalitário e integrista. Ele implica a preclusão da utilização dos meios de comunicação social para afirmar e consolidar posições de poder público ou de privilégio privado, com repercussões nomeadamente nos planos ideológico e cultural. Ele pretende estruturar uma esfera de discurso público aberta à participação e discussão das diferentes mundividências e concepções do bem sustentadas por indivíduos e comunidades morais, numa medida tão ampla quanto compatível com o respeito pela igual dignidade e liberdade de todos os membros da comunidade constitucional.

De acordo com o princípio democrático, o povo constitui a fonte legítima de todo poder político. Como consectário, as decisões dos órgãos estatais devem ser consentâneas com a vontade popular. Ocorre que a definição da vontade popular deve-se dar por meio de um processo livre de formação da opinião. Do contrário, o condicionado se transformaria em condicionante.⁸⁶ Um conceito que não reduza a democracia ao processo eleitoral deve incorporar a ideia de participação popular na condução dos negócios públicos e a oportunidade de influência do povo no processo decisório estatal, para além do mecanismo do sufrágio.

A Constituição de 1988 perfilha essa noção de democracia, ao prever instrumentos de democracia direta ou participativa, de que são exemplos o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14, I, II e III), a gestão democrática e a representação da sociedade em órgãos

⁸⁶ A esse respeito, especificamente no tocante à aferição da vontade popular nos pleitos eleitorais, o art. 14, § 9º, da Constituição de 1988 dispõe que lei complementar estabelecerá casos de inelegibilidade para proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta. Reconhece, pois, a necessidade de adoção de medidas que assegurem a legitimidade do processo de aferição da vontade popular.

governamentais (arts. 37, § 3º, 194, VII, 206, VI), além de direitos e prerrogativas do cidadão em face do Poder Público que extrapassam a simples defesa de interesses e necessidades individuais (art. 5º, XXXIII e LXXIII, art. 37, § 3º, art. 74, § 2º). Não há dúvida de que a Constituição brasileira optou por um regime político que não resume ao voto a participação popular nas deliberações sobre os rumos do Estado e da sociedade.

A legitimidade do processo de formação da vontade popular depende fundamentalmente da oportunidade de acesso ao rol das diferentes propostas e alternativas existentes em relação à matéria sujeita a deliberação popular, bem como a todas as informações necessárias a uma tomada de decisão consciente. Em uma concepção co-participativa de democracia, depende igualmente de que aos indivíduos seja dada oportunidade de apresentar suas próprias propostas na esfera pública. A supressão de tais faculdades, seja pelo Estado seja por alguma força social ou econômica, compromete o processo, ao contribuir para a manipulação de seu resultado. E, como o exercício da democracia não se limita ao momento das eleições, o acesso amplo a informações e a possibilidade de expressão na esfera pública devem ser assegurados de forma permanente. Seguindo uma linha habermasiana, Faraco (2009, p. 34) acentua que:

[U]m regime democrático não é caracterizado apenas pela possibilidade de os cidadãos elegerem com alguma frequência os principais integrantes dos poderes legislativo e executivo. Ele envolve fundamentalmente, também, a possibilidade de participação no processo político em outro nível: no debate e avaliação crítica das opções possíveis de políticas públicas a serem implementadas ou daquelas efetivamente implementadas pelos legisladores e governantes. As próprias eleições não podem ser dissociadas desse contexto, pois só servirão de instrumento de responsabilização dos ocupantes de cargos públicos pelos seus atos se os eleitores tiverem algum nível de informação e opinião sobre eles.

Sob essa perspectiva, o autor atenta para a necessidade de um regime normativo que, ao lado de proteger a esfera pública contra tentativas estatais de dominá-la, impeça o controle, por parte de poderes privados, do fluxo de informações e do acesso a elas. Se o funcionamento da democracia depende da observância de tais condições, os direitos a prestações estatais no âmbito da comunicação social assegurados no texto constitucional, além de sua função como direitos subjetivos, desempenham o papel de garantia institucional do regime democrático.

O princípio do Estado Social reforça a conclusão de que o papel do Poder Público na garantia do exercício das liberdades constitucionalmente previstas não se resume à mera abstenção de condutas obstrutivas. No tocante à liberdade de expressão, as tarefas estatais possuem um componente de promoção do pluralismo e da participação popular no processo

comunicacional, “com o objetivo final de aperfeiçoar a democracia, fundada não só na liberdade, mas no princípio da igualdade e da dignidade” (CARVALHO, 2003, p. 82). Para a consecução desse fim, o Estado deve-se valer tanto da regulação quanto do fomento. No caso específico da regulação, as medidas estatais envolvem a imposição de proibições (ex.: vedação aos monopólios e oligopólios) e deveres positivos (ex.: oferecimento de acesso aos partidos políticos).

Consoante observa Alexy (2008, p. 136), os princípios desempenham um papel na interpretação das normas de direitos fundamentais tanto na hipótese de se referirem diretamente a tais direitos, como na de se relacionarem com determinados bens jurídicos de interesse da coletividade. Em qualquer dessas hipóteses, os princípios podem constituir razão para restringir direitos fundamentais, seja como forma de garantir o respeito ao núcleo essencial de outros direitos (quando se tem uma colisão de direitos fundamentais em sentido estrito), seja para realizar determinados valores constitucionais representativos de interesses coletivos (quando se tem uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo). Qualquer tentativa de compreensão dos comandos constitucionais a respeito da comunicação social redundará em resultados inadequados ou incompletos, se não levar em conta os princípios do pluralismo e da democracia.

Não se pretende dizer, com isso, que os direitos de comunicação devam ser funcionalizados para única e exclusivamente realizar aqueles valores. Tais direitos se prestam igualmente a assegurar a autodeterminação e autorrealização individual. Seja como direitos de defesa, seja como direitos prestacionais, sua função não se resume a proteger bens jurídicos coletivos, mas tem em mira também a autonomia individual, como exigência do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.⁸⁷

Assentado isso, cumpre examinar os dispositivos constitucionais que preveem expressamente ou dos quais decorrem, por inferência lógica, direitos a prestações no âmbito da comunicação social.

⁸⁷ Essa dupla dimensão dos direitos de comunicação encontra-se bem descrita na decisão do TCF alemão na decisão do caso *Leipziger Volkszeitung* (BverfGE 27, 71), em suas considerações sobre a liberdade de informação: “Dois componentes são de fundamental importância na análise da liberdade de informação, tal como garantida pelo art. 5º (1), primeiro parágrafo, da Lei Fundamental. Em primeiro lugar, a sua relação com o princípio democrático do art. 20 (1): um estado democrático não pode existir sem uma opinião pública livre e bem informada. Além disso, a liberdade de informação revela um componente jurídico individual, derivado dos arts. 1º e 2º (1) da Lei Fundamental. Informar-se de tantas fontes quantas for possível, ampliar o próprio conhecimento e, deste modo, desenvolver a própria personalidade constituem necessidades elementares do homem. Ademais, na sociedade moderna e industrializada, a posse de informação é de fundamental importância para determinar a posição social do indivíduo. Tal como o direito fundamental à liberdade de expressão, o direito fundamental à liberdade de informação é um dos mais importantes pré-requisitos para a democracia”.

2.1. Direitos a normas protetivas e à proteção material

Uma leitura apressada do art. 5º da Constituição de 1988 poderia sugerir, no concernente aos direitos comunicacionais, que o constituinte teria incluído naquele catálogo apenas direitos de defesa, à exceção do direito de resposta previsto em seu inciso V. Tal leitura não é, contudo, procedente. Entre os dispositivos que estabelecem direitos de defesa, estão os seguintes:

Art. 5º

.....

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;

.....

Não há dúvida de que tais enunciados veiculam normas de defesa do indivíduo contra interferências estatais em sua liberdade de expressão. Sem embargo, dizer que a manifestação de pensamento e a expressão da atividade de comunicação devem ser livres implica o reconhecimento de um dever do Estado de eliminar constrangimentos a essa liberdade. Quando os constrangimentos partem do próprio Estado, a solução prende-se a um direito negativo e ao correlato dever estatal de abstenção. No entanto, quando o autor do constrangimento é outro particular, a liberdade de expressão somente pode ser garantida por meio de prestações estatais, normativas e materiais.⁸⁸ Esse é o caso, por exemplo, do fornecimento de proteção policial a jornalistas, para permitir o exercício de suas funções em situações de ameaça ao desempenho de sua atividade.

Outra forma de constrangimento que pode cercear liberdades comunicativas é a prática de condutas anticoncorrenciais no mercado de comunicação, que podem assumir diferentes feições. Se, por exemplo, um determinado grupo editorial controla também as atividades de distribuição de impressos e se vale de seu poder monopolista para inviabilizar a distribuição de publicações de editoras concorrentes, configura-se um quadro flagrantemente ofensivo ao disposto no art. 5º, IX, da Constituição.⁸⁹

⁸⁸ Como enfatiza Rivero (2006, p. 206), “as liberdades não mudam de natureza conforme as ameace uma autoridade pública ou um particular”. Assim, o papel do Estado em relação a elas não se resume à mera abstenção de interferências, mas inclui um dever positivo de proteção de tais liberdades contra ataques de particulares.

⁸⁹ A hipótese não é acadêmica. Recentemente, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) apreciou o Ato de Concentração nº 08012.013152/2007-20, no qual se discutia a aquisição da empresa Fernando Chinaglia Distribuidora S.A. (FC) pela DGB Logística S.A. – Distribuição Geográfica do Brasil (DGB), esta última

Diversamente das cartas constitucionais portuguesa e espanhola, a brasileira não previu direitos de proteção dos jornalistas exercíveis em face dos proprietários dos veículos de comunicação, como a cláusula de consciência.

2.2. Direitos a prestações *stricto sensu*

2.2.1. O direito de acesso à informação

O inciso do XIV do art. 5º da Constituição de 1988 assegura a todos o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Esse dispositivo prevê, no tocante ao acesso à informação, direitos de duas espécies. Em primeiro lugar, um direito de defesa, relacionado ao dever estatal de não obstar ações de coleta e recepção de informações, pelos indivíduos em geral.⁹⁰ Ao lado dele, um direito a ser informado, cuja satisfação demanda ações positivas do Estado e dos próprios comunicadores, já que “o acesso profissional à informação objetiva sua divulgação, isto é, tem como contraface o direito de recebimento de informações corretas” (SILVA, 2007, p. 110). Na mesma linha se manifestam Carvalho (1999, p. 56) e Ferreira (1997, p. 228), ao notarem que o direito de informação é exercitável tanto em face do Estado quanto de pessoas físicas ou jurídicas.⁹¹

integrante do Grupo Abril e controladora da DINAP – Distribuidora Nacional de Publicações. A FC e a DINAP atuam no mercado de distribuição de produtos editoriais e, de acordo com informações das próprias requerentes no processo, respondem, respectivamente, por 35% e 55% do mercado de distribuição de revistas em pontos de venda. Os pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça foram pela não-aprovação do ato de concentração. O CADE, na sessão de 26.08.2009, aprovou a operação, com a condição de que fosse firmado termo de compromisso de desempenho, com medidas estruturais e comportamentais dirigidas a garantir a existência de uma estrutura de distribuição autônoma à do Grupo Abril. Entre as medidas comportamentais, são previstas: a vedação a que as empresas do Grupo Abril estabeleçam qualquer tipo de exclusividade no mercado de distribuição de produtos editoriais, por um período de 10 anos; a obrigação de manter, com as editoras usuárias dos serviços de distribuição, as condições contratuais vigentes antes da operação, por um prazo de 3 anos; a obrigação, pelo mesmo prazo, de que empresas prestadoras ofereçam os serviços de distribuição em bases não discriminatórias e objetivas a todos os interessados. Informações disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

⁹⁰ O vínculo de tal direito com os valores do pluralismo e da democracia, constitucionalmente protegidos, reforça a ideia de que, ao lado do caráter de direito subjetivo, os direitos de comunicação possuem também uma dimensão de garantia institucional dos referidos valores. Conforme ressaltou o Ministro Relator da ADI nº 3.741 (STF, DJ de 23.02.2007): “a Constituição de 1988, no art. 5º, IX, não apenas garante a todos a mais ampla liberdade de expressão, independentemente de censura ou de licença, como também assegura, no inciso XIV daquele mesmo dispositivo, inovando em relação aos textos constitucionais precedentes, ‘o acesso à informação’. [...] A liberdade de expressão do pensamento, portanto, completa-se no direito à informação, livre e plural, que constitui um valor indissociável da ideia de democracia no mundo contemporâneo”.

⁹¹ Em sentido contrário, conquanto admita que a Constituição de 1988 contempla um direito de se informar, Celso Bastos (2004, p. 91) rejeita a concepção de que o art. 5º, XIV, assegure um direito a “ser mantido adequada e verdadeiramente informado desde logo pelos meios de comunicação”. Carvalho (2003, p.85) aponta o referido inciso como sede do direito a ser informado. Já Ferreira (1997, p. 225) entende que o fundamento do direito a receber informações dos meios de comunicação reside na interpretação conjugada dos arts. 5º, XIV, 220, §§ 4º e 5º, e 221 da Lei Maior.

Farias (2004, p. 165) sustenta que o inciso XIV do art. 5º da Lei Maior prevê apenas e especificamente o direito de acesso às fontes de informação, exercitável por todos, mas de ordinário pelos profissionais de comunicação. Em sua visão, o direito de acesso à informação estaria tutelado pelo inciso IX do art. 5º:

O direito fundamental de receber informação encontra uma tutela geral no aludido inciso IX do art. 5º da Lei Maior. Assim, entre nós, não vige apenas um interesse geral pela informação ou um direito moral de ser informado, mas um verdadeiro e próprio direito do destinatário das notícias de recebê-las, isto é, uma posição jurídica subjetiva autônoma, acompanhada de tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Em outras palavras, o âmbito normativo configurado pelo inciso IX do art. 5º protege igualmente o sujeito ativo e o sujeito passivo do processo de comunicação.

O mesmo autor aduz não existir uma previsão constitucional expressa desse direito que apresente como sujeito passivo os meios de comunicação social, o que, a seu ver, não tem o condão de elidir o dever desses meios de suprir permanentemente a população de informações, tendo em vista os princípios constitucionais conformadores da programação das emissoras de radiodifusão (art. 221) e a própria caracterização de sua atividade como serviços objeto de concessão, permissão ou autorização estatal (art. 223). Seria legítimo, então, extrair dos princípios adotados pela Constituição uma posição jurídica fundamental consistente no direito de ser adequadamente informado pelos meios de comunicação, posição essa judicialmente garantida pelo mandado de segurança, no caso dos veículos de radiodifusão, e por ação ordinária, no caso da mídia impressa (FARIAS, 2004, p. 177-8).

Deve-se reconhecer que o constituinte não se valeu de boa técnica legislativa ao distribuir em diversos dispositivos o tratamento da matéria. Entretanto, não parece razoável extrair de interpretação do inciso IX o direito a ser informado, quando outro mais específico assegurou “a todos o acesso à informação”. Note-se que o comando do inciso XIV não fala de “acesso às fontes de informação”, mas de “acesso à informação”. A referência à fonte se dá na segunda parte do inciso, que trata da confidencialidade. Não há por que limitar o alcance do inciso XIV, portanto. Ele protege tanto o acesso primário à informação, por parte do profissional de comunicação (ou de qualquer pessoa), quanto o secundário, da informação coletada que vem a ser divulgada. Derivar o direito de acesso à informação de uma norma geral garantidora da liberdade de expressão faria sentido na interpretação de um texto constitucional conciso⁹², não de

⁹² Nesse caso se enquadra a Primeira Emenda norte-americana, ao estabelecer que o Congresso não legislará no sentido de cercear a liberdade de palavra ou de imprensa, e catálogo francês de direitos fundamentais, a Declaração

uma constituição analítica, como é a brasileira, a qual – malgrado opiniões em contrário – prevê expressamente um direito de acesso à informação. A circunstância de o inciso XIV não fazer alusão ao sujeito obrigado é irrelevante para a caracterização do dever dos meios de comunicação. Se há um direito, necessariamente deve haver um sujeito obrigado. E como o direito é previsto de maneira ampla, afigura-se razoável concluir que ele se dirija contra todos que ordinariamente realizam a atividade comunicativa.

Além disso, a própria caracterização da radiodifusão como serviço público reforça a ideia de que as emissoras de rádio e de televisão têm obrigações perante o usuário dos serviços que prestam.⁹³ A outorga de uma concessão de rádio ou TV não constitui uma carta branca para que a emissora use a frequência como bem entender. Tais serviços se destinam a cumprir finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, conforme estabelecido pela própria Lei Maior, em seu art. 221, I.

Se existe o direito a ser informado, uma das questões sobre as quais se pode debater gira em torno de sua forma de implementação. Como esclarece Alexy (2008, p. 462), diferentemente dos direitos de defesa, cuja satisfação se dá pela abstenção, por parte do Estado, de toda conduta lesiva da liberdade protegida, os direitos a prestações envolvem normalmente uma margem de discricção, pelo Estado, quanto aos variados modos de satisfazer os objetivos que levaram à previsão desses direitos. Os diferentes modos apresentam, é claro, diferentes graus de eficácia. Ademais, como as medidas prestacionais podem ter reflexos sobre a esfera de liberdade de outros indivíduos, sua adoção suscita questões de colisão entre direitos fundamentais e, por conseguinte, juízos de ponderação. Assim, se existe um direito a ser informado, não é menos verdade que exista um direito de defesa do comunicador, relacionado à sua liberdade de expressão. Ampliar o alcance de um importa reduzir o âmbito do outro. Se se entende o direito a ser informado como direito a receber informações verdadeiras, ao tempo em que se amplia o dever do comunicador, se lhe é reduzido o espaço de liberdade.

dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo art. 11 dispõe: “A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente [...]”.

⁹³ O art. 21, XII, *a*, da Constituição de 1988 estabelece competir privativamente à União explorar, privativamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagem. Trata-se, portanto, de serviços cuja *publicatio* é de matriz constitucional. Sobre a natureza de serviço público de tais atividades, a doutrina é praticamente unânime. Nesse sentido: Silva (2007, p. 830), Mello (1996, p. 413), Grotti (2003, p. 101) Justen Filho (2003, p. 35), Farias (2004, p. 217), Lopes (1997, 139), Carvalho (2003, p. 111). O mesmo posicionamento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança nº 5.307 (DJ de 02.08.1999) e pelo Ministro Carlos Britto, relator da ADPF nº 130 (DJ de 06.11.2009).

A Constituição Espanhola assegura expressamente o direito a receber informação veraz (art. 20, 1, *d*). No Brasil, o direito a ser informado incluiria esse qualificador da “veracidade”? A despeito da inexistência de previsão expressa nesse sentido, há fortes razões para responder afirmativamente à pergunta.

O atributo da veracidade constitui exigência implícita na própria norma consagradora do direito, tendo em vista os valores por ela protegidos. Como já assinalado, os direitos de comunicação podem ser analisados de uma perspectiva objetiva, prestando-se à realização do princípio democrático, da autodeterminação popular, e de uma perspectiva subjetiva, assumindo papel fundamental na autodeterminação individual. Num e noutro casos, a exigência de veracidade é inafastável, uma vez que a informação falsa e que conduz ao erro compromete tanto os julgamentos coletivos quanto os individuais. Demais disso, a própria previsão do direito de resposta no texto constitucional (art. 5º, V) denota um compromisso da ordem constitucional com a verdade. O direito de resposta, que será examinado mais à frente, constitui um dos meios de proteção da verdade.

Segundo Carvalho (1999, p. 88, 96), os meios de comunicação desempenham uma função pública⁹⁴, dados os fins sociais da tarefa de transmitir informações, o que justifica tanto o tratamento da matéria de fato com a imparcialidade de um juiz, quanto o compromisso com a verdade. Tal compromisso não importa uma vedação à divulgação de informações que, mais tarde, venha se comprovar serem inverídicas. Se assim fosse, haveria a absurda necessidade de se

⁹⁴ É tradicional, na jurisprudência do TCF alemão, a ideia de que a liberdade de imprensa é uma “liberdade que serve” (*dinende Freiheit*). Na decisão do caso *Spiegel* (BVerfGE 20, 162), a Corte aludiu expressamente a uma “função pública” (*öffentliche Aufgabe*) da imprensa, e consignou que “a posição privilegiada de que, em certo sentido, desfrutam os membros da imprensa lhes é concedida em razão de sua tarefa e circunscrita ao âmbito dela. Não se trata de privilégios pessoais; o tipo e a extensão de imunidades em relação a normas jurídicas válidas para todos devem sempre poder ser justificadas em virtude da natureza da matéria.” No mesmo sentido é o magistério de Silva (2007, p. 825), para quem “a liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa, no sentido de que ela só existe e justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever. A eles se reconhece o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre eles incide o dever de informar à coletividade tais acontecimentos e ideias objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original; do contrário se terá não informação, mas deformação”. Também da jurisprudência constitucional brasileira se colhem as manifestações na mesma linha. Em seu voto no RE nº 447.584 (DJ de 16.03.2007), o Ministro Eros Grau asseverou: “Não resta a menor dúvida em relação à relevância da liberdade de imprensa, que, na verdade, não é da imprensa, é do povo. O direito de expressão não é do dono do jornal, nem do acionista, mas do povo, pertence a ele, que merece ser informado adequadamente” E no julgamento da ADPF nº 130 (DJ de 06.11.2009), o Ministro Joaquim Barbosa aduziu que “a liberdade de imprensa tem natureza e função multidimensionais. Ela deve também ser examinada sob a ótica dos destinatários da informação e não apenas à luz dos interesses dos produtores da informação”.

submeter previamente toda notícia ao Poder Judiciário, para que concluísse, com força de coisa julgada, sobre a sua veracidade. O Tribunal Constitucional Espanhol, ao interpretar o dispositivo constitucional da Lei Maior espanhola que alude à exigência de veracidade, assinalou (Sentença nº 6/1988, BOE de 05/02/1988):

Quando a Constituição requer que a informação seja veraz, não está privando de proteção as informações que possam resultar errôneas – ou simplesmente não provadas em juízo – mas sim impondo um específico dever de diligência ao informador, de quem se pode e deve exigir que o que transmitir como fatos tenha sido objeto de prévio contraste com dados objetivos, privando-se assim, da garantia constitucional quem, fraudando o direito de todos à informação, atue com menosprezo à veracidade ou falsidade do comunicado. O ordenamento não oferece sua tutela a tal conduta negligente, muito menos à de quem comunique simples rumores como fatos ou, pior ainda, meras invenções ou insinuações insidiosas. Sem embargo, ampara, em seu conjunto, a informação retamente obtida e difundida, ainda quando sua total exatidão seja controvertida.

Diversas constituições de países da América hispânica reproduziram o qualificador “veraz”, constante do texto constitucional espanhol, em seus dispositivos que preveem o direito a ser informado.⁹⁵ Essa, contudo, não é a regra no Direito Comparado, e a ausência da expressão não tem constituído impedimento a que se reconheça a exigência de veracidade como integrante do direito a ser informado. Na decisão do caso *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113), o TCF alemão reconheceu a existência de um dever constitucional dos meios de comunicação de fornecer informações verídicas à população, em virtude do seu papel na formação da opinião pública:

A liberdade de imprensa se faz acompanhar de obrigações que devem ser tomadas tão mais seriamente quanto mais eminente for considerado esse direito fundamental. Quando a imprensa faz uso do seu direito de informar o público, ela é obrigada a fazer uma cobertura verdadeira. O cumprimento dessa obrigação de veracidade é, conforme a jurisprudência estabelecida, requerido em virtude da proteção à honra da pessoa afetada [...]. Ela é baseada, ao mesmo tempo, no significado da formação da opinião pública para o funcionamento geral de uma democracia livre. A opinião pública pode se formar corretamente apenas quando o leitor é, dentro dos limites do possível, adequadamente informado. A imprensa é, pois, obrigada, em virtude de sua tarefa na formação da opinião pública, a verificar a veracidade das notícias e declarações que ela transmite. Embora esse dever de verificação e verdade não deva ser exagerado, é inadmissível a divulgação de informação inverídica de forma leviana. *A fortiori*, a verdade não pode deliberadamente ser distorcida; isso acontece também quando circunstâncias essenciais que se conhece são ocultadas do público.

⁹⁵ Nesse sentido: a Constituição da Colômbia de 1991 (art. 20, “informação veraz e imparcial”), a Constituição da Venezuela de 1999 (art. 58, “informação oportuna, veraz e imparcial”), a Constituição do Paraguai de 1992 (art. 28, “informação veraz, responsável e equânime”), a Constituição do Equador de 2008 (art. 18, n. 1, “informação veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural”). A Constituição da Bolívia de 2009 determina que os meios de comunicação observem os princípios da veracidade e responsabilidade (art. 107, II). Fora do mundo hispânico, a Constituição do Estado alemão da Baviera prevê, em seu art. 111, que a imprensa tem a missão de informar de forma veraz (*wahrheitsgemäß zu berichten*) e, em seu art. 111a, que os meios de radiodifusão prestarão as informações através de uma “cobertura veraz, abrangente e imparcial” (*wahrheitsgemäße, umfassende und unparteiische Berichterstattung*).

O Tribunal justificou esse dever constitucional tanto sob a ótica da realização de um valor objetivo (a democracia), quanto do respeito a posições jurídicas fundamentais, conquanto tenha aludido, no caso específico, ao direito à honra. Já na 4. *Rundfunkentscheidung* (BVerfGE 73, 118), o TCF alemão declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual exatamente por não prever obrigações para os operadores de TV a cabo de garantir que os programas por eles veiculados oferecessem informação tecnicamente correta, abrangente e verdadeira. O Tribunal entendeu configurada ofensa ao art. 5º, I, da Lei Fundamental, que prevê a liberdade de informação. Concluiu, portanto, que o dever de veracidade possui como contraparte direitos subjetivos comunicacionais.

Na Itália, a Corte Constitucional, além de reconhecer, igualmente com base no princípio democrático e na liberdade de formação da opinião pública, a existência de um direito à informação, de natureza prestacional (Sentença nº 153/1987), entende serem características qualificadoras desse direito a imparcialidade, objetividade, completude, correção e continuidade das informações transmitidas (Sentença nº 112/1993, GU de 31.03.1993).

A exemplo das jurisprudências alemã e italiana, a exigência de veracidade é enfatizada, na doutrina brasileira, por Carvalho (2003, p. 97, 105), em virtude de seus reflexos sobre o funcionamento do regime democrático. Segundo o autor, o direito à informação verdadeira caracteriza-se como “direito transindividual, indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. O autor alude a um comportamento comum da imprensa de proteger determinados políticos e denegrir seus adversários. Não raro, essa conduta extrapola os limites da liberdade de tendência editorial e exercício da crítica, para traduzir-se na distorção ou omissão de fatos, e mesmo na divulgação de fatos inverídicos. Contribuem para isso as relações íntimas entre a mídia e o poder político verificadas no Brasil. O grande número de políticos proprietários de jornais e de emissoras de rádio e televisão é um bom indicativo desse conúbio.⁹⁶

No plano jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento recente, reconheceu a existência de um dever de veracidade por parte da imprensa, em moldes

⁹⁶ Relação atualizada de políticos proprietários de veículos de comunicação impressos e eletrônicos pode ser encontrada no sítio eletrônico <<http://donosdamidia.com.br/pessoas>>, resultado de projeto do Instituto de Estudos e Pesquisas em Comunicação, coordenado por James Gørgen.

semelhantes aos da retromencionada decisão do Tribunal Constitucional Espanhol. Seu cumprimento se dá mediante a adoção uma conduta diligente pelos meios de comunicação na investigação de fatos cuja divulgação possa ter reflexos negativos sobre direitos de quem tem a sua vida exposta ao escrutínio público, envolvendo, entre outras medidas, o uso de fontes fidedignas, a busca de elementos que possam atestar a veracidade das afirmações feitas, a oitiva dos dois lados em uma questão controversa. Observadas as devidas cautelas pelo órgão de imprensa, é de se reconhecer a licitude de sua conduta, ainda que venha a se comprovar mais tarde que os fatos não se deram exatamente como publicado. Esse o entendimento plasmado na ementa do Recurso Especial nº 984.803 (DJ de 19.08.2009):⁹⁷

A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.

A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público.

O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.

O jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque os meios de comunicação, como qualquer outro particular, não detêm poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.

A reportagem da recorrente indicou o recorrido como suspeito de integrar organização criminosa. Para sustentar tal afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: (i) a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia crime; (ii) a opinião de um Procurador da República. O repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatório. Houve busca e apreensão em empresa do recorrido e daí infere-se que, aos olhos da autoridade judicial que determinou tal medida, havia fumaça do bom direito a justificá-la. Ademais, a reportagem procurou ouvir o recorrido, levando ao ar a palavra de seu advogado. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, se divulgava em cadeia nacional.

A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente.

Em síntese, pelas razões expostas, pode-se dizer que a Constituição Brasileira prevê, em seu art. 5º, XIV, um direito prestacional a obter informações dos meios de comunicação. Mais que isso,

⁹⁷ No STF há manifestação mais explícita quanto à existência de um “direito à informação correta, precisa e exata”, de matriz constitucional. Cf. voto do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 130 (DJ de 06.11.2009).

o dispositivo assegura um direito à informação verdadeira. A ausência, no texto constitucional, desse qualificador não significa a inexistência do dever de veracidade por parte dos meios de comunicação, uma vez que ele pode ser deduzido a partir de uma interpretação sistemática e principiológica do texto. Em primeiro lugar, os propósitos que levaram à instituição desse direito pressupõem que as prestações que constituem seu objeto possuam aquela característica. Em segundo lugar, a previsão do direito de resposta sinaliza uma incompatibilidade entre o modelo de comunicação pretendido pelo constituinte e o eventual desapego pela verdade por parte dos meios de comunicação. Por fim, o fato de o texto constitucional não ser explícito na exigência de uma comunicação respeitadora da verdade factual não tem representado óbice ao reconhecimento de um direito fundamental ao recebimento de informações verdadeiras em outros ordenamentos jurídicos.

O direito a receber informações é imponível, como visto, em face de todos os meios de comunicação, sejam eles privados, estatais ou públicos. A Constituição prevê, em seu art. 5º, XXXIII, uma obrigação estatal de fornecer informações a todos, sejam elas de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral. O papel do Estado não se limita, porém, ao de fonte de informações para os meios de comunicação e as pessoas em geral. Ele está constitucionalmente obrigado a participar, como um operador, do sistema de comunicação social. É o que pode ser depreendido do art. 233 da Carta Magna, quando estabelece o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal de radiodifusão. Desse modo, existe um direito a que o Estado preste diretamente serviços de rádio e televisão.⁹⁸ O funcionamento de emissoras estatais pode

⁹⁸ Do ponto de vista constitucional, não se justificam, pois, manifestações como a do editorial de 31 de julho de 2009 do jornal *Folha de S. Paulo*, no qual foi defendido claramente o fechamento da emissora de televisão do governo federal, sob o argumento de ela gozar de baixa audiência e seu conselho ser inteiramente constituído por pessoas nomeadas pelo Presidente da República. Cf.: TV que não pega. *Folha de S. Paulo*, 31 jul. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz3107200902.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2010. Em lugar de sugerir a correção de eventuais problemas, o periódico propõe a simples extinção da emissora, o que denota um certo preconceito das empresas privadas de comunicação relativamente à prestação desses serviços pelo Estado, preconceito que não se manifesta em relação ao recebimento de verbas de publicidade oficial. Em outras palavras, o gasto público em publicidade, que constitui parte das receitas dos veículos privados de comunicação, não encontra a resistência enfrentada pelo gasto público na operação de emissoras estatais. De uma forma geral, os meios de comunicação privados brasileiros, tão ciosos na defesa de suas liberdades e prerrogativas, as quais justificam muitas vezes com base no interesse e nos direitos do próprio público à informação, assumem postura diametralmente oposta em face de medidas estatais de prestação desses mesmos serviços, as quais podem contribuir para o pluralismo nas comunicações. Além de uma motivação ideológica de índole mais abstrata, caracterizada pela rejeição à figura do Estado prestador de serviços (visão que importa simplesmente passar ao largo de inúmeros dispositivos constitucionais confirmadores do Estado Social), não pode ser afastada uma motivação mais concreta, consistente, no caso da radiodifusão privada, no receio da concorrência das emissoras estatais e públicas, por mais remota que seja a possibilidade de competição efetiva. Diversamente do que o mencionado editorial sugere, sondagem realizada em agosto de 2009 pelo próprio instituto de pesquisas da *Folha de S. Paulo*, indicou que 34% da população brasileira tem conhecimento da TV Brasil e que 10% assistem regularmente a sua programação. Ademais, 80% dos

contribuir para o aumento do pluralismo na radiodifusão, sobretudo se suas normas de organização previrem mecanismos de participação de segmentos sociais na definição e na produção do conteúdo por elas transmitido. A execução desses serviços pelo Estado é objeto de um direito a prestações materiais, o qual pressupõe um direito a prestações de meio, consistentes em regras de organização e procedimento dirigidas à sua concretização.

2.2.2. O direito ao uso de frequência para as atividades de radiodifusão

Em seu art. 223, a Constituição de 1988 dispõe que compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessões, permissões e autorizações para o serviço de radiodifusão, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Ademais, seu art. 222 alude às empresas de radiodifusão, cuja propriedade deve pertencer a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, no percentual de pelo menos 70% do capital total e do capital votante. Tais estipulações não deixam dúvidas de que a prestação dos serviços de radiodifusão deve ser franqueada à iniciativa privada, não se admitindo no Brasil, como ocorreu até poucas décadas atrás em diversos países europeus, o monopólio da execução desses serviços pelo Estado. Em razão disso, pode-se deduzir das normas indicadas um direito a que o Estado conceda a particulares a exploração de frequências do espectro eletromagnético, que constitui um bem público.

O direito ao uso de frequência do espectro tem natureza prestacional. Não pode ser satisfeito pela mera abstenção estatal. Um sistema de pura e simples inércia produziria um estado caótico de uso concomitante de um recurso escasso. Há, portanto, necessidade de normas de organização e procedimento (a cujo dever de edição correspondem direitos a prestações de meio, conforme a classificação adotada nesse trabalho), para disciplinar o aproveitamento desse recurso. Tais normas se destinam a regular o processo de escolha daqueles a quem serão atribuídas as frequências. Se a definição de um rito para a seleção dos operadores das frequências constitui o objeto de um direito a prestações de meio, os atos em si de outorga de seu uso constituem o objeto de um direito a prestação material.

entrevistados que assistem regularmente a programação da emissora a consideram boa ou ótima. Informação disponível em: <http://www.tvbrasil.org.br/saladeimprensa/noticia_139.asp>. Acesso em: 28 fev. 2010. O mesmo preconceito é manifestado relativamente à pulverização da verba publicitária, com o aumento do número de veículos nos quais é divulgada a publicidade oficial. Embora a concentração da publicidade oficial em poucos veículos, mais poderosos e de maior circulação/audiência, seja incompatível com o dever estatal de neutralidade, tentativas de pôr fim a essa concentração recebe feroz oposição desses veículos.

A Constituição não exige que a outorga seja feita em caráter exclusivo. Assim, não existe óbice constitucional a que o Estado conceda a mais de uma empresa o uso da mesma frequência, fixando, por exemplo, normas de repartição do tempo de operação entre elas.

O antecitado art. 223 determina a observância do princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Sistemas complementares não apenas são coexistentes, mas também possuem aspectos distintivos, por meio dos quais cada um supre as carências dos demais, sem o quê a atividade em questão não seria exercida em sua inteireza. Dito de outro modo, o texto constitucional exige que a radiodifusão seja organizada de sorte a possibilitar o seu exercício por empresas privadas, pelo Estado e por entidades de um setor público não-estatal.⁹⁹ E o faz por pressupor que os objetivos da comunicação social não seriam atingidos sem o funcionamento dos três sistemas.

A Carta Magna não explicita qual seria a diferença entre os sistemas estatal e público. Uma interpretação possível (e que será adotada neste trabalho) é a de que o sistema estatal seria constituído por órgãos ou entidades pertencentes ao Estado, ao passo que o sistema público seria integrado por entidades do chamado Terceiro Setor, associações ou fundações sem fins lucrativos, criadas com o fito de desempenhar atividades de interesse público. Sobre o tema, existe extensa literatura¹⁰⁰, experiências legislativas¹⁰¹ e alguns pronunciamentos do STF.¹⁰² Em sentido idêntico ao adotado neste trabalho, Lopes (1996, p. 294) identifica o sistema público como aquele no qual “estaria garantida a intervenção da sociedade civil na definição de uma política global de comunicação, bem como a exploração de espaços de radiodifusão por associações e fundações sem finalidades lucrativas”.

Faraco (2009, p. 244) tem posicionamento diferente com respeito à questão. Segundo o autor, as emissoras criadas por entes de Direito Público poderiam integrar tanto o setor público (que também seria composto por emissoras não-estatais sem fins lucrativos) quanto o estatal,

⁹⁹ Martins (BASTOS; MARTINS, 1998, p. 866) sustenta haver sinonímia perfeita entre os termos “público” e “estatal”, levando a uma redundância no texto. Essa não parece ser uma exegese adequada do texto, por conduzir à superfluidade de um dos termos.

¹⁰⁰ Representativa dos estudos a respeito do assunto é a obra *O público não-estatal na Reforma do Estado* (1999), organizada por Bresser-Pereira e Grau.

¹⁰¹ Cf. Lei nº 9.637, de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais, e Lei nº 9.790, de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

¹⁰² Cf. RE nº 201.819 (DJ de 27.10.2006), que reconheceu o caráter de entidade pública não-estatal à União Brasileira de Compositores, e ADI nº 1.923 (DJ de 01.08.2007), que declarou a constitucionalidade da Lei das Organizações Sociais.

distinguindo-se pelo fato de as emissoras públicas serem dotadas de independência institucional e financeira. O objetivo dessa independência é evitar interferências indevidas do poder político sobre as emissoras, em especial a instrumentalização do veículo de comunicação em favor dos governantes. Convém assinalar, contudo, que esse requisito de isenção deve estar presente em qualquer órgão de comunicação estatal, independentemente de sua forma de organização ou de sua qualificação jurídica. Se uma maior independência funcional e financeira contribui para garantir obediência ao princípio da impessoalidade, é conveniente que sejam adotadas medidas nessa direção relativamente a quaisquer emissoras criadas pelo Estado.

Os sistemas privado, estatal e público são complementares porque obedecem a lógicas de funcionamento que os distinguem e conduzem a resultados diversos quanto ao produto ofertado. As empresas privadas se orientam pela lógica do mercado, o que é fundamental para se entender a estrutura de incentivos que opera na escolha de sua programação.¹⁰³ As emissoras públicas e estatais devem ter outra estrutura de incentivos, sob pena de reproduzirem o mesmo perfil das empresas privadas. Diferenciam-se entre si quanto à gestão, realizada por organizações não-governamentais no setor público e por agentes governamentais no setor estatal. O setor público permite uma participação mais direta de grupos sociais e dos cidadãos na atividade de comunicação.

Se é possível deduzir do art. 223 da Constituição um direito ao uso de frequências do espectro eletromagnético por particulares e se há limitações materiais para que esse direito seja exercido por todos, impõe-se ao Estado a fixação de critérios para a seleção dos usuários, de modo a que seja respeitado o princípio da isonomia.¹⁰⁴ Por isso mesmo, o direito ao uso de frequências por particulares está sujeito a condicionamentos, não se podendo dizer que o Estado seja obrigado a conceder o uso do bem público a quem quer que o solicite. Limites dessa natureza são uma constante na legislação de todos os países. Ao apreciar recurso de amparo no qual uma empresa de comunicação sustentava, com base no art. 20 da Constituição Espanhola, ser titular de direito a que o Estado lhe outorgasse frequência do espectro eletromagnético sem a necessidade de participação em um processo seletivo, o Tribunal Constitucional Espanhol decidiu, na Sentença nº 206/1990 (BOE de 10.01.1991):

Segundo este Tribunal, “não há inconveniente em entender que o direito a difundir ideias e

¹⁰³ Cf. Capítulo III, Seção 3.3.1, deste trabalho.

¹⁰⁴ Nesse sentido, cf. excerto da 3. *Rundfunkentscheidung* do TCF alemão, na Seção 2.2.2 deste Capítulo.

opiniões compreende, em princípio, o direito a criar os meios materiais mediante os quais a difusão se faz possível (STC 12/1982, fundamento jurídico 3º). Na mesma sentença, foi dito que, se este é o princípio geral do nosso ordenamento jurídico político, não se pode equiparar a intensidade de proteção dos direitos primários, diretamente garantidos pelo art. 20 da Constituição Espanhola, com a dos que são, na realidade, meramente instrumentais daqueles. Com respeito ao direito de criação dos meios de comunicação, o legislador dispõe, com efeito, de muito maior capacidade de configuração, devendo contemplar, ao regular dita matéria, outros direitos e valores concorrentes, sempre que não restrinja seu conteúdo essencial.

A radiodifusão e a televisão apresentam, em relação a isso, uma problemática própria e estão submetidas em todos os ordenamentos a uma regulação específica que supõe algum grau de intervenção administrativa, o qual não seria aceitável ou admissível quanto à criação de outros meios.

A legitimidade constitucional da qualificação da televisão como serviço público responde a uma série de razões, entre as quais as de caráter técnico, que não são, contudo, as únicas que podem justificar esse tipo de configuração do meio. [...]

No que concerne à televisão, o legislador quis que seu modo de produção seja a forma de um serviço público também, e assim se diz na Exposição de Motivos da Lei n. 4/1980, porque a televisão é um veículo essencial de informação e participação política dos cidadãos, de formação da opinião pública, de cooperação com o sistema educativo, de difusão da cultura espanhola e de suas nacionalidades e regiões, assim como meio capital a contribuir para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas.

A qualificação de serviço público é constitucionalmente legítima desde o momento em que o legislador a considera necessária para garantir – em termos de igualdade e efetividade – determinados direitos fundamentais da coletividade. Não é, porém, em absoluto, um rótulo que, colocado no meio, permita qualquer regulação do mesmo, já que há direitos subjetivos em jogo – os de comunicar livremente o pensamento e a informação – que a *publicatio* limita e sacrifica em favor de outros direitos, mas não pode eliminar de modo algum.

As mudanças nos condicionamentos técnicos (que não se limitam apenas ao âmbito das frequências, mas incluem as necessidades e custos de infraestrutura para esse tipo de meio de comunicação) e também nos valores sociais, podem supor uma revisão da justificação dos limites estabelecidos pela *publicatio*, tanto no que se refere à constitucionalidade de um monopólio público na gestão televisiva, quanto nos limites estabelecidos pela regulação de uma gestão privada do serviço, regulação que o legislador está obrigado a realizar respeitando os princípios da liberdade, igualdade e pluralismo. Tanto a jurisprudência do Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo, como a de outros Tribunais Constitucionais europeus evoluíram nos últimos anos, fixando limites mais flexíveis e ampliando as possibilidades de gestão de uma televisão privada, tendências às quais esta Corte não pode deixar também de ser sensível.

Sem embargo, em qualquer caso, a ampliação do âmbito da televisão privada não significa o reconhecimento de um direito direto a emitir. E, desde logo, não nasce diretamente do art. 20 da Constituição Espanhola um direito a exigir, sem mais, a outorga de frequências para emitir, ainda que seja somente em nível local.

A Constituição Portuguesa de 1976, em sua redação original, vedava a prestação de serviços de radiodifusão televisiva por particulares (art. 38, n. 6). Esse artigo foi alterado pela revisão constitucional de 1989, para permitir a atuação de operadores privados, mediante licença governamental concedida como resultado de processo seletivo. Portugal seguiu a tendência de outros países da Europa Ocidental, que puseram fim ao monopólio estatal na radiodifusão ao longo da década de 1980.

No regime anterior à Constituição de 1988, o art. 16 do Decreto nº 52.795, de 1963, que regulamentou o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 1962), previa uma espécie de processo seletivo nas concessões e permissões de serviços de radiodifusão. Cabia ao Conselho Nacional de Telecomunicações¹⁰⁵ produzir um parecer, apontando, no caso de concessão, quais proponentes haviam atendido as exigências do edital de chamamento e, no caso de permissão, qual proponente reunia as melhores condições para a prestação do serviço. A decisão final, no entanto, constituía ato de livre escolhida do Presidente da República, no caso de concessão, e do Ministro de Estado das Comunicações, no caso de permissão. Isso possibilitava que a escolha se fizesse por critérios políticos e não técnicos, tornando o processo seletivo mera formalidade.

Um regime como esse se revelava flagrantemente incompatível com a Constituição de 1988, tendo em vista o disposto no art. 175 da Carta, que sujeita a prévio certame a prestação de serviços públicos.¹⁰⁶ Perdurou, porém, até 1995, quando o Decreto nº 1.720, alterando o Decreto nº 52.795, de 1963, definiu critérios para a escolha do vencedor do processo seletivo e revogou os dispositivos que sujeitavam a seleção ao puro alvedrio do Presidente da República ou do Ministro de Estado das Comunicações. Um ano depois, o Decreto nº 1.208, de 1996, modificou uma vez mais o Regulamento do Código Brasileiro de Telecomunicações, dando-lhe a redação hoje vigente, que sujeita a outorga de serviços de radiodifusão aos preceitos da Lei Geral de Licitações e Contratos (a Lei nº 8.666, de 1993). Atualmente, portanto, as concessões e permissões de serviços de radiodifusão comercial devem se submeter a prévio processo licitatório.

No tocante ao sistema público, a legislação brasileira contempla casos de execução dos

¹⁰⁵ Esse conselho foi extinto pelo Decreto nº 70.568, de 1972, que transferiu para o Ministro de Estado das Comunicações as atribuições que lhe foram conferidas pela Lei nº 4.117, de 1962.

¹⁰⁶ Nesse sentido, por exemplo, a manifestação de Mello (1996, p. 429), ao comentar a exigência do art. 175 da Constituição: “Este dispositivo refere que tanto a permissão quanto a concessão de serviços públicos far-se-ão ‘sempre através de licitação’. Contudo entre nós, quando se trata de concessão ou permissão de rádio ou de televisão, tal regra é inteiramente ignorada, seguindo-se, quando muito disfarçadamente, a velha tradição do mero favoritismo. Como se sabe, é grande o número de congressistas que desfruta de tal benesse. Nesse setor reina – e não por acaso – autêntico descabro. [...] [C]omo a esmagadora maioria de brasileiros não acede, ou só muito episódica e restritamente o faz, a outras fontes de informação ou cultura (livros, periódicos, cinema, teatro), as ‘mensagens’ radiofônicas ou televisivas não encontram resistência alguma; [...]. Em suma: nada as rebate; nada obriga o emissor a ajustar-se a concepções do público alvo, pois estas serão as que se lhes queira inculcar. [...] O sucesso eleitoral de locutores, comentaristas ou ‘artistas’ de rádio ou televisão comprova o envolvente poder destes meios de comunicações. Acresce que, para completar o quadro confrangedor, uma única estação de televisão detém índices de audiência nacional esmagadores, ensejados pelo sistema de cadeias ou repetidoras de imagem – sistema que, aliás, constitui-se em manifesta burla ao espírito da legislação de telecomunicações.

serviços de radiodifusão por entidades do Terceiro Setor. A Lei nº 9.612, de 1998, instituiu o serviço de radiodifusão comunitária, definida como “a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço” (art. 1º). Esse serviço se destina a: (i) dar oportunidade à difusão de ideias, elementos de cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade; (ii) oferecer mecanismos à formação e integração da comunidade, estimulando o lazer, a cultura e o convívio social; (iii) prestar serviços de utilidade pública, integrando-se aos serviços de defesa civil; (iv) contribuir para o aperfeiçoamento profissional nas áreas de atuação dos jornalistas e radialistas; (v) permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível (art. 3º).

A referida lei impõe às rádios comunitárias deveres equivalentes aos da *Fairness Doctrine*. O § 2º de seu art. 4º determina que “as programações opinativa e informativa observarão os princípios da pluralidade de opinião e de versão simultâneas em matérias polêmicas, divulgando, sempre, as diferentes interpretações relativas aos fatos noticiados”.

A Lei das Rádios Comunitárias foi aprovada como resposta do governo a uma realidade de multiplicação de pequenas emissoras de rádio clandestinas, operando sem autorização de funcionamento. Segundo Lima e Lopes (2007, p. 16), mais do que a intenção de abrir novos espaços de comunicação social, a legislação funcionou como um instrumento dificultador do desenvolvimento dessas rádios, tendo em vista os procedimentos excessivamente burocráticos estabelecidos para a obtenção da autorização¹⁰⁷, que têm como resultado um número muito grande de indeferimentos e outro maior ainda de processos aguardando decisão do Ministério das Comunicações.¹⁰⁸

¹⁰⁷ As exigências feitas pela Lei nº 9.612, de 1998, pelo Decreto nº 2.615, de 1998, que a regulamentou, e por outras normas regulamentares expedidas pelo Ministério das Comunicações, bem como seus reflexos sobre o sistema de radiodifusão comunitária são amplamente discutidas por Lopes (2005, p. 74).

¹⁰⁸ No período de 06.08.1998 a 20.05.2004, foram concedidas 2.189 autorizações. No mesmo período 4.878 processos foram arquivados, 827 estavam em tramitação e 6.112 aguardavam o início de tramitação no Ministério das Comunicações (LIMA; LOPES, 2007, p. 17). Decreto de 26 de novembro de 2004 criou “Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de analisar a situação da radiodifusão comunitária no País e propor medidas para disseminação das rádios comunitárias, visando ampliar o acesso da população a esta modalidade de comunicação, agilizar os procedimentos de outorga e aperfeiçoar a fiscalização do sistema”. De acordo com Lima e Lopes, o grupo produziu extenso relatório que concluiu pelo caráter excludente da política de radiodifusão comunitária no Brasil, sobretudo em face das inúmeras exigências burocráticas estabelecidas para as entidades que se candidatassem a prestar os serviços. Tal relatório, contudo, não teria sido publicado nem entregue ao Presidente da República, fato que os autores atribuem à mudança de titular da pasta ministerial, ocorrida naquele período, tendo assumido o

Ademais, o processo de autorização não oferece garantias contra a apropriação desse importante instrumento de comunicação por políticos, aquilo que se convencionou chamar de coronelismo eletrônico. No exame que fizeram da outorga de 2.205 autorizações para o funcionamento de rádios comunitárias, abrangendo os anos de 1999 a 2004, Lima e Lopes (2007, p. 40) detectaram que em 50,2% dos casos figuravam na diretoria das emissoras pessoas que se enquadravam numa das seguintes categorias: (i) detentores de mandatos eletivos em uma das três esferas da Federação, ou seus familiares; (ii) candidatos derrotados nas eleições realizadas no período para cargos nas três esferas da Federação, ou seus familiares; (iii) integrantes de diretórios dos partidos políticos; (iv) doadores de campanha nas eleições; (iv) ocupantes de cargos de 1º ou 2º escalão nos Poderes Legislativo e Executivo, nas três esferas da Federação.

A Lei nº 9.612, de 1998, prevê, em seu 9º, um processo seletivo para a escolha da entidade que prestará os serviços de radiodifusão comunitária. O critério utilizado é o da maior representatividade, aferida por manifestações de apoio dos membros da comunidade. Na vigência da Norma Complementar nº 2, de 1998, do Ministério das Comunicações, o prazo para a apresentação da numerosa documentação exigida dos proponentes era de “no máximo” 45 dias, contados da publicação de um aviso de habilitação no Diário Oficial da União. Na nova disciplina estabelecida pela Norma Complementar nº 1, de 2004, esse prazo foi fixado em 45 dias e a publicação do aviso passou a ser feita também no sítio eletrônico do Ministério das Comunicações. Mesmo com essas novas estipulações, o prazo continua exíguo. Ademais, a forma de divulgação ainda é limitada, o que inibe a competição.¹⁰⁹

Outra hipótese normativa que pode envolver a prestação de serviços de radiodifusão no sistema público (não-estatal) é a do art. 13, § 1º, do Decreto nº 52.795, de 1963, com a redação dada pelo Decreto nº 2.108, de 1996, o qual prevê a outorga para fins exclusivamente educativos. O mesmo dispositivo torna dispensável a licitação em tal caso. Essa norma é de duvidosa constitucionalidade, não apenas em face do art. 175 da Carta de 1988, mas também de seu art. 37, XXI, que estabelece reserva de lei para a estipulação dos casos de dispensa de licitação. Os

Ministério o Senador Hélio Costa, “cujos compromissos políticos com a radiodifusão comercial revelaram-se muito mais fortes do que com a radiodifusão comunitária” (LIMA; LOPES, 2007, p. 18).

¹⁰⁹ A título de comparação, o art. 14 do Decreto nº 52.795, de 1963, com a redação dada pelo Decreto nº 2.108, de 1996, prevê um prazo mínimo de 60 dias entre a publicação e a apresentação das propostas de licitantes nos certames para outorga de concessões de serviços de radiodifusão comercial. Além disso, por se submeterem tais licitações à Lei nº 8.666, de 1993, devem obedecer às regras de divulgação do instrumento convocatório previstas naquele diploma legal.

serviços com fins exclusivamente educacionais poderiam ser prestados por universidades e instituições congêneres, estatais ou não. Na prática, a dispensa de licitação prevista no Decreto tem servido como válvula de escape ao regime licitatório.¹¹⁰

De modo geral, há um entendimento tradicional de que as relações entre o Estado e entidades do Terceiro Setor, por refletirem interesses comuns e coincidentes, distinguir-se-iam das relações contratuais entre o Estado e a iniciativa privada, permitindo afastar, por esse motivo, a regra constitucional da licitação. Ocorre que a exigência de licitação nada mais é do que uma manifestação tópica do princípio da isonomia, que deve orientar as ações estatais como um todo. Desse modo, sempre que o Estado resolver conferir direitos de uso exclusivo de determinado bem público a um particular (pouco importando se se trata de pessoa física, empresa, fundação ou associação), deve, havendo pluralidade de interessados, promover processo seletivo com critérios objetivos de determinação do resultado.

2.2.3. O direito de acesso aos meios de comunicação

Outro direito fundamental a prestações *stricto sensu* assegurado pela Constituição de 1988 é o de acesso aos meios de comunicação, previsto expressamente em duas modalidades: o direito de resposta e o direito de antena dos partidos políticos. O primeiro encontra-se garantido no art. 5º, V, da Lei Maior, o qual estabelece ser “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. O segundo é tratado no art. 17, § 3º, da Carta, o qual reconhece, em favor dos partidos políticos, o “direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.”¹¹¹

Antes de examinar cada um deles, cumpre discutir se outras modalidades de direito de acesso, além das previstas constitucionalmente, poderiam ser criadas pelo legislador. A resposta é afirmativa, ao menos relativamente à radiodifusão. Em outras palavras, o fato de o constituinte ter

¹¹⁰ Lobato, Elvira. FHC distribuiu rádios e TVs educativas para políticos. *Folha de S. Paulo*, 24 ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u36586.shtml>>. Acesso em: 28 fev. 2010. LOBATO, Elvira. Governo Lula distribui TVs e rádios educativas a políticos. *Folha de S. Paulo*, 18 jun. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u79613.shtml>>. Acesso em: 28 fev. 2010. Segundo as reportagens, em 8 anos de governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foram objeto de outorga, sem licitação, 118 TVs e 239 rádios FM educativas. Ao menos 13 fundações ligadas a deputados federais foram contempladas com concessões de TV. Em 3,5 anos do primeiro mandato do Presidente Lula, foram distribuídas 29 TVs e 81 rádios educativas, das quais ao menos 7 TVs e 27 rádios foram outorgadas a fundações ligadas a políticos.

¹¹¹ A parcimônia do constituinte na previsão de direitos de acesso é objeto de crítica na doutrina (FERREIRA, 1997, p. 234), sobretudo em face de soluções muito mais avançadas de ordenamentos constitucionais como o espanhol e o português.

feito menção a apenas aquelas duas espécies não inibe, em princípio, que o legislador infraconstitucional amplie esse rol com direitos de acesso. Os serviços de radiodifusão classificam-se como serviços públicos. Submetem-se, desse modo, a um regime jurídico de Direito Público, no qual não impera, em toda sua extensão, a autonomia de vontade. A se pensar que uma emissora de rádio ou televisão fosse livre de quaisquer imposições estatais, deveria ser considerada inconstitucional, por exemplo, a previsão do art. 87 do Decreto nº 52.795, de 1963, que trata da convocação das emissoras para, gratuitamente, formarem ou integrarem redes, visando à divulgação de assuntos de relevante importância pelos Presidentes da República, das Casas do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, além dos Ministros de Estado.

Evidentemente, a concessão de direitos de exclusividade de uso de frequência do espectro eletromagnético seria inócua caso a emissora não dispusesse de prioridade na composição da grade de programação. Isso não significa que utilizações marginais de espaço da grade por terceiros descaracterizem ou comprometam a sua condição de concessionária.

O argumento de que a liberdade de expressão das emissoras seria ofendida em tal hipótese não deve prosperar. O uso de espaço na programação já ocorre no caso da convocação de cadeia nacional, no direito de antena e no direito de resposta, sem que se possa considerar indevidamente restringida a liberdade de imprensa ou de expressão das emissoras.

Poder-se-ia alegar que, no caso do direito de antena e do direito de resposta, haveria restrição engendrada pela própria Constituição, pelo que careceria de sentido falar em inconstitucionalidade. Deve-se ter presente, contudo, que, ao alocar determinada fração de tempo para uso por outrem, não se está propriamente restringindo a liberdade de expressão, mas a extensão da concessão, o alcance dos direitos de exclusividade de uso de um recurso público (o espectro eletromagnético). Não existe um direito fundamental ao uso exclusivo de determinada frequência.

No Direito Comparado, cabe trazer à colação, uma vez mais, a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *National Broadcasting Co. v. United States* (319 U.S. 190), na qual o Tribunal entendeu que a liberdade de expressão não inclui um direito ao uso, com exclusividade, de frequências, e que tal uso não pode ser comparado com o direito de cada pessoa de falar, escrever ou publicar material impresso. No caso *Red Lion*, a Corte reafirmou essa posição, assinalando que o governo poderia, em lugar do sistema de monopólio, estabelecer um regime de

divisão temporal do uso das frequências por todos os que desejassem fazê-lo.¹¹²

Ora, se a própria recusa de concessão de uma licença não significa necessariamente uma ofensa à liberdade de expressão, e se tal liberdade não inclui o direito ao uso de equipamentos para radiodifusão sem prévia licença, o estabelecimento de condições razoáveis a serem observadas pelos licenciados, consentâneas com as finalidades da Primeira Emenda, também não poderia ser considerado inconstitucional. É verdade que em *CBS v. DNC* a Suprema Corte concluiu não existir, em face das normas editadas pela FCC, um direito individual de uso do tempo da programação de determinada emissora. Sem embargo disso, o Tribunal não decidiu que eventual regulação com esse escopo seria inconstitucional. Fê-lo relativamente à mídia impressa, em *Tornillo*, mas não na radiodifusão. E, no setor de TV a cabo, reconheceu de forma patente a legitimidade constitucional de um direito de acesso em favor das emissoras de televisão.

Em sentido semelhante, o TCF alemão, na 3. *Rundfunkentscheidung* (BVerfGE 57, 295), salientou que, na ordem instituída pela Lei Fundamental, o regime de concessão de direitos de uso exclusivo de frequências às emissoras é uma opção política, não uma exigência constitucional:

A questão sobre a quem deve ser concedida uma das reduzidas possibilidades de transmissão de programas não pode ser deixada ao acaso ou ao livre jogo das forças (sociais e de mercado). Também não é suficiente que a decisão seja deixada ao livre arbítrio do Poder Executivo. Isso não seria compatível com o princípio da reserva legal (cf. BVerfGE 33, 303 [345] – *Numerus Clausus*). Ao contrário, o próprio Poder Legislativo deve definir as condições para a concessão ou recusa do acesso, e ele deve estabelecer um procedimento justo para a tomada de

¹¹² Consoante observou o juiz White, no julgamento: “o licenciado não tem qualquer direito constitucional a ser aquele que a detém, ou de monopolizar uma frequência de rádio, com exclusão das demais pessoas. Não há nada na Primeira Emenda que impeça o governo de exigir que um licenciado divida sua frequência com outras pessoas e que se conduza como um procurador ou agente fiduciário, com obrigações de apresentar aquelas visões e vozes representativas de sua comunidade, as quais, não fosse assim, terminariam necessariamente excluídas das transmissões. [...] Em lugar de conferir monopólios de frequências para um número relativamente pequeno de licenciados, em uma nação com 200 milhões de habitantes, o governo poderia seguramente decidir que cada frequência deveria ser dividida entre todos ou alguns daqueles que desejassem fazer uso dela, sendo assegurada a cada qual uma porção do tempo diário ou semanal de transmissão.” Em 1978, no caso *FCC v. National Citizens Committee* (436 U.S. 775), a Suprema Corte, uma vez mais, recusou a tese da existência de um direito fundamental a monopolizar uma frequência, comparável ao direito individual de falar, escrever ou publicar. Para tanto, invocou novamente a escassez do espectro eletromagnético como razão justificadora da intervenção estatal para “promover o interesse público na diversificação dos meios de comunicação de massa.” Na ocasião, o Tribunal discutiu a constitucionalidade de normas expedidas pela FCC que vedavam a propriedade concomitante de um jornal diário e uma estação de rádio ou televisão na mesma localidade, tendo entendido que “longe de procurar limitar o fluxo de informações, a FCC atuou no sentido de ‘aumentar a diversidade de informações recebidas pelo público sem uma contínua vigilância governamental do conteúdo do discurso.’ As regulações são meios razoáveis de promover o interesse público em uma comunicação de massa diversificada, não violando, portanto, os direitos conferidos pela Primeira Emenda àqueles a quem serão negadas as licenças de transmissão.” Mais recentemente, a Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia invocou os precedentes citados, em *Sinclair Broadcast Group v. FCC* (284 F.3d 148), julgado em 2002, estabelecendo uma distinção entre a liberdade de expressão e o direito de monopolizar frequências na atividade de radiodifusão.

decisão. O princípio da isonomia pode ser observado, sem grande dificuldade, por meio de um sistema com repartição dos tempos de transmissão e, caso necessário, redução proporcional desses mesmos tempos. Se isso for insuficiente ou se o Poder Legislativo optar por um sistema no qual são concedidas apenas licenças de tempo integral de programação para cada emissora, devem ser fixados princípios de seleção que assegurem a todos os candidatos uma igual chance (cf. BVerfGE 33, 303, [405]). O grau de realização das chances deve ser definido através de critérios objetivamente apropriados e individualmente razoáveis. (cf. BVerfGE 43, 291 [316]).¹¹³

Por residir nos Estados-membros a competência legislativa em matéria de radiodifusão na Alemanha, cabe a cada ente federado regular o modo de alocação das frequências. No âmbito do federalismo cooperativo que caracteriza aquele país, os Estados celebraram um convênio que veicula normas gerais sobre a matéria, o *Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien* (ou *Rundfunkstaatsvertrag*), cuja 13ª versão, aprovada em outubro de 2009, entrará em vigor em abril de 2010. O texto hoje vigente prevê, como medida para assegurar o pluralismo na radiodifusão, um caso de uso de tempo da grade, bem como da própria estrutura de transmissão de concessionária de televisão (art. 30). Ele tem lugar quando uma empresa detém poder dominante de opinião (*Vorherrschende Meinungsmacht*), caracterizado por uma audiência média anual de suas transmissões igual ou superior a 30% do público total (art. 26). São considerados serviços de radiodifusão de uma empresa, para fins dessa avaliação, não apenas aqueles por ela prestados, mas também os prestados por outra empresa na qual tenha participação societária de pelo menos 25% do capital social ou das ações com direito a voto (art. 28).

Configurado o poder dominante de opinião, as autoridades do setor podem negociar com a empresa a adoção de medidas como: (i) a alienação de direitos de participação em outras empresas prestadoras do serviço, de modo a conduzir a audiência a níveis que descaracterizem o domínio de opinião; (ii) a concessão de tempo de transmissão a terceiros, na grade de programação da empresa; (iii) a criação, no âmbito da empresa, de um conselho consultivo de programação (art. 26, § 4º). Não havendo acordo, as autoridades administrativas revogarão as licenças de transmissão da empresa, na medida necessária à redução da audiência ao nível exigido, sem direito a qualquer compensação para o concessionário.

A segunda medida acima identificada, que constitui verdadeiro direito de acesso, consiste na reserva de pelo menos 260 minutos por semana, dos quais não menos de 75 minutos em

¹¹³ Com supedâneo nessa decisão do TCF, o Estado de Reinland-Palz chegou a adotar um regime de licenciamento que previa a divisão de uma mesma frequência por vários operadores. O sistema não se revelou, porém, viável economicamente (MACHADO, 2002, p. 995).

horário nobre (das 19h às 23h e 30 min), para a transmissão de programas produzidos por quem não tenha vínculo jurídico de dependência para com a emissora. A escolha do produtor do conteúdo é feita em um processo seletivo aberto e por decisão conjunta da emissora e das autoridades estatais (art. 31). Não havendo acordo, as autoridades efetuarão a escolha, devendo optar pela proposta que oferecer a maior contribuição para a pluralidade nos serviços prestados pela concessionária. Esta é obrigada a prover o produtor independente com os recursos financeiros suficientes para viabilizar o programa. A medida tem vigência por cinco anos.

Na Espanha, quando instada a se pronunciar sobre o regime da radiodifusão, a Corte Constitucional afirmou, na Sentença nº 12/1982 (BOE de 21.04.1982), ser legítima a qualificação dessa atividade como serviço público, tendo em vista o condicionamento de seu regime jurídico pela circunstância da escassez do espectro eletromagnético, considerado bem de domínio público. Ademais, considerou que a prestação desse serviço por pessoas privadas constituía matéria sujeita a decisão política do legislador:

A chamada “televisão privada”, em cujo favor postula a sociedade Antena 3 S.A., não está necessariamente imposta pelo art. 20 da Constituição. Não é uma derivação necessária do art. 20, ainda que, por óbvio, também não esteja impedida constitucionalmente. Sua implantação não é uma exigência jurídico-constitucional, mas uma decisão política, que pode ser adotada dentro do marco da Constituição, pela via de uma lei orgânica, na medida em que afete o desenvolvimento de algum dos direitos constitucionalizados no art. 20 (art. 81 da Constituição Espanhola) e contanto que, ao organizá-la, sejam respeitados os princípios da liberdade, igualdade e pluralismo, como valores fundamentais do Estado, de acordo com o art. 1º da Constituição, seja como resultante das relações do conjunto, seja como fatores operantes dentro de cada um dos estabelecimentos que atuem no setor, já que a preservação da comunicação pública livre, sem a qual não há sociedade livre, nem soberania popular, não somente exige a garantia do direito de todos os cidadãos à expressão do pensamento e à informação, mas também requer a preservação de um determinado modo de produzir dos meios de comunicação social, porque a comunicação livre é violada tanto quando o poder [público] lhe coloca obstáculos, como quando tais obstáculos lhe são postos pelos próprios meios de difusão. Por isso, tendo presente que o pluralismo político se encontra erigido a um dos valores fundamentais do Estado de Direito que a Constituição cria e organiza, podemos dizer que para os meios de comunicação operem dentro do ordenamento constitucional, têm eles mesmos de preservar o pluralismo.

Conforme salientado, os direitos de acesso não constituem propriamente restrições à liberdade de expressão, mas sim, quando utilizada a infraestrutura da emissora, ao direito de propriedade e à liberdade de gestão dos meios de comunicação. No caso de não ser utilizada essa infraestrutura, sequer se pode falar em restrição a qualquer liberdade, mas sim em disciplina do uso de um recurso público, o espectro eletromagnético. Consoante ressalta Lichtenberg (1990, p. 119), se o direito a transmitir determinado conteúdo nos meios de comunicação de massa não se confunde com a liberdade de palavra, o fundamento da autonomia para publicar apenas aquilo

que se queira não reside na liberdade de expressão dos seus controladores, mas nos seus direitos de propriedade.¹¹⁴

Ora, a propriedade deve, por imposição do art. 5º, XXIII, da Constituição de 1988, cumprir sua função social. No caso dos meios de comunicação, quais seriam os fins sociais aos quais a propriedade deveria servir? Na medida em que a satisfação de determinados direitos fundamentais depende da atividade dos meios de comunicação, e tendo em vista a dimensão social desses mesmos direitos, é legítimo concluir que o disposto no citado inciso XXIII é cumprido quando os meios de comunicação oferecem informação ampla e diversificada à população, que propicie condições não apenas para o desenvolvimento individual das pessoas, mas também para o processo de autodeterminação popular, o qual pressupõe a reprodução, nos meios de comunicação, do pluralismo verificado na própria sociedade. No tocante ao rádio e à televisão, o art. 221 da Lei Maior é mais específico quanto aos fins que devem ser perseguidos, ao determinar a observância, pelas emissoras, dos seguintes princípios: preferência por finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; regionalização da produção cultural, artística e jornalística; respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Há, pois, um princípio constitucional a ser observado pelas emissoras de rádio e televisão, consistente no estímulo à produção independente que objetive a divulgação da cultura nacional e regional. Por conseguinte, o legislador tem autorização para criar normas prevendo direitos de acesso a tais meios de comunicação. O princípio do estímulo à produção independente só pode ser atendido mediante a oferta, a título oneroso ou gratuito, de espaço na programação das emissoras para terceiros. Do contrário, a produção não seria **independente**. Além disso, o termo “incentivo” denota algo mais do que a simples ausência de oposição. Se uma emissora vende tempo de sua grade para um produtor independente segundo os padrões usuais da publicidade comercial, não se tem, a rigor, incentivo. Há, apenas, uma prática não-discriminatória. O incentivo pressupõe

¹¹⁴ Moreira (1994, p. 20, 22) sustenta que a autonomia editorial integra o núcleo essencial da liberdade de imprensa. Rejeita, dessa forma, o argumento de que direitos de acesso como o direito de resposta limitariam apenas a liberdade de gestão dos meios de comunicação. Sem embargo disso, observa que, nos países cujo ordenamento jurídico prevê o direito de resposta, a liberdade de imprensa não implica uma “ilimitada dimensão ‘proprietarista’ do poder de exclusão absoluta do acesso por parte de outrem”, de modo que “tal como em relação ao direito de propriedade em geral, a propriedade de meios de comunicação, por maioria de razão, pode justificar e reclamar obrigações a favor de terceiros e da comunidade em geral. E à medida que se concentra a propriedade e diminui o número dos seus detentores, mais justificável se torna alguma forma de ‘socialização’ do seu uso, como veículo de garantia do direito individual de expressão e informação”.

condições mais favoráveis que, no limite, podem chegar à gratuidade na cessão do espaço e mesmo o financiamento da produção, como se verifica na Alemanha. De qualquer modo, o disposto no art. 221 da Constituição de 1988 evidencia não ter sido intenção do constituinte assegurar um direito das emissoras ao monopólio da produção do conteúdo por elas transmitido.

Uma possível forma de realizar a vontade constitucional nesse campo seria a edição de lei fixando tempos mínimos de programação das emissoras dedicados a produções independentes. Nesse sentido é o comando do art. 5º da Diretiva nº 89/552/CEE do Parlamento Europeu, aprovada em 1989 e dirigida aos Estados-membros da União Europeia. De acordo com o dispositivo, sempre que se revele exequível, os Estados-membros deverão velar para que as emissoras de televisão reservem pelo menos 10% do tempo de sua programação (excluído o tempo destinado a noticiários, eventos desportivos, jogos, publicidade e serviços de teletexto ou televenda) ou 10% de seu orçamento de programação para obras europeias provenientes de produtores independentes.

Se as emissoras devem comprometer-se com a realização daqueles princípios, o Estado tem, de seu turno, deveres constitucionais de proporcionar meios de acesso à cultura e, mais especificamente, de garantir o pleno acesso às fontes da cultura nacional, bem como de apoiar a difusão das manifestações culturais, a teor dos arts. 23, V, e 215 da Carta Política. O § 3º deste último artigo deixa clara a existência de um dever do legislador de prever incentivos à produção de bens culturais. Uma das formas de incentivo consiste precisamente naquela descrita no art. 221, II, da Constituição. Trata-se da disciplina do uso de um bem público (o espectro eletromagnético) e da regulação de um serviço público (a radiodifusão) para o atendimento de fins de envergadura constitucional.

Quanto ao grau de sacrifício do direito de propriedade por legislação que assegure o direito de acesso aos meios de comunicação, é importante salientar que medidas antitruste impondo a cisão da empresa ou alienação de ativos constituem solução muito mais radical. O art. 220, § 5º, da Constituição de 1988 proíbe cabalmente que os meios de comunicação sejam objeto de monopólio ou oligopólio. Entre as medidas estruturais típicas de combate ao monopólio está exatamente uma das mais agudas intervenções no direito de propriedade. Portanto, em um juízo de ponderação, a previsão de direitos de acesso aos meios de comunicação em um cenário de concentração do mercado se afigura, sob o aspecto da proporcionalidade da medida, menos limitadora do direito de propriedade – e, portanto, preferível, se produzir resultados equivalentes

na promoção do outro valor protegido constitucionalmente – do que determinações para a cisão ou alienação de parte da empresa, ou a perda de concessões.

Por fim, cabe mencionar que a Lei nº 9.612, de 1996, em seu art. 4º, § 3º, prevê uma espécie de direito de acesso, ao conferir a todo cidadão de comunidade onde atue rádio comunitária, o direito de “emitir opiniões sobre quaisquer assuntos abordados na programação da emissora, bem como manifestar ideias, propostas, sugestões, reclamações ou reivindicações, devendo observar apenas o momento adequado da programação para fazê-lo, mediante pedido encaminhado à Direção responsável pela Rádio Comunitária”.

a) O direito de resposta

A Constituição prevê de maneira genérica o direito de resposta, dizendo apenas que ele será proporcional ao agravo e não excluirá a indenização por dano material, moral ou à imagem. Na ausência de restrições quanto à titularidade, qualquer pessoa, natural ou jurídica, pode exercê-lo, uma vez verificada a situação fática ensejadora do acesso ao meio de comunicação, para fins de resposta.

Esse direito possui visível natureza prestacional, na medida em que impõe ao veículo de comunicação o dever de divulgar uma contra-mensagem a ele apresentada pelo titular do direito. Trata-se, pois, de um direito de acesso aos meios de comunicação e possui caráter reativo, por pressupor mensagem anterior, transmitida pelo mesmo veículo, que tenha causado alguma espécie de agravo ao respondente. Nesse sentido, distingue-se de outras espécies de direito de acesso, como o previsto no art. 17, § 3º, da Constituição de 1988, por estar condicionado a uma conduta prévia específica de determinado veículo de comunicação, a qual inclusive define os contornos do conteúdo da manifestação do titular do direito.

O direito de resposta não pode ser reduzido a uma dimensão judicial garantidora da manifestação do indivíduo, da mesma forma como outros direitos fundamentais não se confundem com a garantia da tutela jurídica efetiva, exercitável no caso de sua violação. O art. 5º, V, da Constituição não condiciona à via judicial o exercício do direito de resposta. A legislação que o disciplinar deve prever procedimentos para seu exercício independentemente do recurso ao Poder Judiciário, o qual se justificará no caso de recusa de cumprimento do dever por parte do veículo de comunicação.

Pouco adiantará uma disciplina do direito de resposta que apenas preveja a imposição aos

meios de comunicação, pelo Poder Judiciário, do cumprimento forçado do dever. Em hipótese como essa, o sujeito obrigado não teria qualquer estímulo para cumprir o seu dever, e as questões envolvendo o exercício do direito seriam invariavelmente judicializadas. Em vista disso, é razoável que a legislação reguladora do assunto contemple algum tipo de mecanismo de desincentivo a tal conduta dos meios de comunicação, como, por exemplo, a duplicação do espaço ou tempo de resposta no caso de condenação. Nessas circunstâncias, não haveria vantagem na recusa, pelo sujeito obrigado e com fins protelatórios, em assegurar a divulgação da resposta, forçando uma judicialização do conflito.

A referência à indenização, no inciso V do art. 5º da Lei Maior, bem como a tradição legislativa e doutrinária pátria sobre o tema parecem sugerir que o direito de resposta se aplicaria especificamente àqueles casos em que determinado conteúdo veiculado contém informações inverídicas sobre o titular do direito ou juízos depreciativos capazes de lhe causar algum dano.¹¹⁵ Nessa linha, Silva (2007, p. 92) aduz que, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito de resposta “é uma garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas”.

Na verdade, a Constituição não funcionaliza o direito de resposta em favor de uma defesa específica dos direitos de personalidade. Apenas o condiciona à existência de um agravo. O termo “agravo” pode significar ofensa, injúria, mas também prejuízo, dano. Desse modo, do ponto de vista puramente semântico, nada obsta que se interprete mais amplamente o dispositivo constitucional, para associar o direito de resposta a uma situação geral de dano, o qual não necessariamente se vincula a aspectos atinentes à honra ou à imagem de uma pessoa determinada.

Embora a consulta à tradição jurídica possa representar um valioso recurso exegético, isso não deve redundar numa interpretação da Constituição a partir da lei, de modo a, numa inversão de hierarquia, condicionar totalmente a compreensão de seu significado à atividade do legislador infraconstitucional. Se o ordenamento pretérito modelou o direito de resposta de maneira a circunscrevê-lo à defesa dos direitos de personalidade do indivíduo, essa orientação não é vinculante do novo texto constitucional, tampouco de seu intérprete. A partir de uma leitura

¹¹⁵ A Lei nº 5.250, de 1967 (Lei de Imprensa), considerada incompatível com a Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 130 (DJ de 06.11.2009), previa, em seu art. 29: “Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou, errôneo, tem direito a resposta ou retificação.”

sistemática da Lei Maior, é possível depreender que o direito de resposta desempenha um importante papel tanto na realização do princípio do pluralismo quanto do direito a ser informado, pois acrescenta à esfera pública novas ideias e versões sobre fatos.

Ao destacar a plurifuncionalidade do direito de resposta, Machado (2002, p. 696) salienta que ele pode encontrar fundamentação teórica não apenas no princípio da dignidade da pessoa humana (ao qual se liga a concepção que enfatiza a defesa dos direitos à honra e à imagem), mas também: (i) na própria liberdade de expressão, que faz do direito de resposta o limite a um outro limite, na medida em que a liberdade de imprensa e radiodifusão “representa uma limitação à liberdade de expressão da generalidade dos indivíduos”; (ii) no direito de participação do indivíduo “na construção das realidades e contra-realidades que estrutura discursiva e simbolicamente a vida social”; (iii) na garantia do fornecimento de informações completas, plurais e verdadeiras à sociedade.

Sobre a função do direito de resposta na garantia do pluralismo e da livre formação da opinião pública que caracterizam o regime democrático, Binenbojm (2006, p. 488, 491) assinala:

[D]e parte sua preocupação com a dimensão individual defensiva da liberdade de expressão (entendida como proteção contra ingerências indevidas do Estado na livre formação do pensamento dos cidadãos), o constituinte atentou também para a sua dimensão transindividual e protetiva, que tem como foco o enriquecimento da qualidade e do grau de inclusividade do discurso público. [...]

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.

A meu ver, portanto, o direito de resposta deve ser visto como um instrumento de mídia colaborativa (*collaborative media*) em que o público é convidado a colaborar com suas próprias versões de fatos e apresentar seus próprios pontos de vista. A autonomia editorial, a seu turno, seria preservada desde que seja consignado que a versão ou comentário é de autoria de um terceiro e não representa a opinião do veículo de comunicação.

Para provocar lesão, uma informação inverídica não necessariamente precisa ser ofensiva à honra de um indivíduo específico. De certa maneira, toda informação inverídica ou incorreta é potencialmente lesiva. No mínimo, frustra o legítimo interesse dos destinatários da mensagem em serem devidamente informados. E o fornecimento, à população, de informação ampla e

proveniente de fontes diversificadas é essencial para o correto funcionamento do regime democrático.¹¹⁶ Em muitos casos, a aludida lesão do direito a ser informado pode ter inequívoca relevância jurídica. A informação incorreta a respeito de alguma medida econômica adotada pelo governo pode causar sérios prejuízos a um número considerável de pessoas. Quando o agravo provocado guarda relação com a frustração do direito do público a obter informações verdadeiras e completas, ou quando o prejuízo atinge de forma difusa uma categoria de pessoas ou grupo social, não há por que recusar o cabimento de um direito de resposta. Nesses casos, poder-se-ia cogitar da legitimidade de seu exercício por entidades representativas do grupo afetado ou mesmo pelo Ministério Público, a quem compete a defesa de interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição de 1988).¹¹⁷ O seguinte caso pode ilustrar a tese aqui defendida.

Em janeiro de 2008, como acontece todos os anos, foram registrados casos de febre amarela silvestre no Brasil. A cobertura do assunto, tanto pela televisão, quanto pela mídia impressa, foi marcada por um alarmismo irresponsável, que contribuiu para disseminar o medo entre a população e para fazer com que milhões de pessoas corressem às unidades de saúde, com o objetivo de se vacinarem, mesmo aquelas que já estavam imunizadas ou em regiões onde não havia registro da doença.¹¹⁸ Embora a vacina seja considerada eficaz, pode apresentar efeitos colaterais em uma reduzida porcentagem da população, chegando, em alguns casos, a provocar a morte. Naquele período, o jornal *Folha de S. Paulo* publicou reportagens diárias sobre o tema, com um viés que reforçava o clima de intranquilidade. O assunto figurou na primeira página do jornal em 14 edições daquele mês, tendo sido inclusive a manchete principal de uma delas. Em sua versão eletrônica, foi publicada coluna de uma das principais articulistas do jornal, com o título *Alerta amarelo*.¹¹⁹ O artigo, que também figurou na página principal do Portal UOL na Internet, consignava:

¹¹⁶ Como ressaltou o Ministro Menezes Direito, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 130 (DJ de 06.11.2009): “A democracia, para subsistir, depende de informação e não apenas do voto; este, muitas vezes, pode servir de mera chancela, objeto de manipulação.”

¹¹⁷ Nessa linha, Carvalho (1999, p. 225; 2003, p. 109) defende a tese da legitimidade do Ministério Público para acionar o Poder Judiciário na defesa de direitos coletivos e difusos de pessoas prejudicadas por informações falsas divulgadas pela imprensa, inclusive com o objetivo de publicar contra-mensagem corretiva. Um instrumento passível de uso seria a ação civil pública, por se destinar à defesa de interesses difusos e coletivos. Ademais, a relação entre o público e o veículo de comunicação poderia ser qualificada como de consumo, o que justificaria a aplicação da Lei nº 8.078, de 1990.

¹¹⁸ A própria *Folha de S. Paulo* noticiou, nas edições de 13 e 17 de janeiro de 2008, a formação de filas nos postos de saúde, em que a espera pela vacinação durava até 4 horas, casos de esgotamento dos estoques e mesmo uma “revolta pela vacina” por parte da população carioca.

¹¹⁹ Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/pensata/elianecantanhede/ult681u361459.shtml>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

Com sua licença, vou usar este espaço para fazer um apelo para você que mora no Brasil, não importa onde: vacine-se contra a febre amarela! Não deixe para amanhã, depois, semana que vem... Vacine-se logo! [...] O alerta nem é mais amarelo, já é vermelho. [...]

O fantasma da febre amarela, portanto, paira sobre o país como um alerta num momento crucial, para que a saúde e a educação sejam preservadas antes de tudo o mais. Senão, Lula, o *aedes aegypti* vem, pica e mata sabe-se lá quantos neste ano – e nos seguintes.

A gravidade do problema foi de tal maneira hiperbolizada pela imprensa, que o Ministro da Saúde teve de fazer um pronunciamento em cadeia nacional de rádio e televisão, para tranquilizar a população.

Segundo dados compilados pelo Ministério da Saúde, foram confirmados, no ano de 2008, 46 casos de febre amarela no país, dos quais 25 evoluíram para óbito.¹²⁰ Boletim epidemiológico divulgado pelo mesmo órgão informa terem sido aplicadas, de dezembro de 2007 a maio de 2008, mais de 9 milhões de doses da vacina contra a doença, com registro de 5 óbitos e 3 choques anafiláticos decorrentes da vacinação.¹²¹ Algumas dessas mortes poderiam ter sido evitadas, pois se deram exatamente em regiões onde o risco de contrair a doença era praticamente inexistente. O surto de 2008 observou a tendência, constatada na série histórica, de aumento do registro de casos a cada intervalo de 7 a 8 anos. A novidade foi apenas o comportamento da mídia no episódio. Oito anos antes, em 2000, haviam sido registrados 85 casos de febre amarela, dos quais 40 resultaram em óbito. No primeiro semestre de 2000, nenhuma reportagem sobre o assunto publicada na *Folha de S. Paulo* foi objeto de manchete na primeira página do jornal. Além disso, as matérias, em geral curtas, não se revestiram do tom alarmista que caracterizou a cobertura em 2008.¹²²

¹²⁰ Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/casos_conf_febre_amarela_1990_2008.pdf> e em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/obitos_febre_amarela_1990_2008.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

¹²¹ Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/boletim_svs_febre_amarela_11_06.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

¹²² A postura da *Folha de S. Paulo* em 2008 motivou manifestação inconformada de seu *ombudsman*, que, na edição de 28.01.2008, publicou artigo intitulado *Jornalismo febril*, no qual observou a respeito da febre amarela: “no princípio do ano, parcela expressiva do jornalismo sugeriu que o mal ameaça o país. A Folha não ficou de fora. Como se vê ao lado, do dia 8 até a quinta-feira passada o assunto ganhou espaço na primeira página, 14 presenças em 17 dias. [...]

Não cabe ao jornalismo sabujar autoridades, mas não é seu papel alarmar. Quando consultou quem entende, a Folha prestou bons serviços. Na contramão de leigos que proclamavam a urgência de imunização universal, infectologistas a condenaram.” Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ombudsma/om2701200801.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2010. O *ombudsman* do jornal não teve o seu mandato renovado poucos meses depois, por discordâncias com a direção da empresa. No plano internacional, o *site Interpress Service* (IPS) publicou artigo com o título *Yellow Fever: Epidemic or False Alarm?*, no qual levantava dúvidas sobre o papel da imprensa no episódio. Disponível em: <<http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=40790>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

Não há como negar o potencial lesivo de manifestações como a da articulista do jornal, ao conclamar todos os brasileiros, de todas as regiões, a se vacinarem imediatamente. Além de a vacinação feita nesses termos consistir em um desperdício de recursos públicos, vidas foram perdidas em decorrência de reações adversas provocadas pela vacina. O objetivo da comunicação social de municiar o público de informações esclarecedoras foi substituído pelo alarma social. Nessas circunstâncias, por que não cogitar de um direito de resposta exercido pelo Ministério Público, na defesa do direito difuso à informação verdadeira e abrangente? O art. 5º, V, da Constituição de 1988, alude, como requisito do direito de resposta, à existência de agravo. Ora, prejuízo houve para o público em geral e cada leitor em particular, o qual foi induzido a tomar uma providência que, na maioria dos casos, revelava-se dispensável, podendo mesmo causar-lhe danos à saúde. Assim, afigura-se consentâneo com a Constituição que, em casos como esse, o público, no mesmo espaço onde foi publicada a mensagem, possa ter acesso a uma visão distinta daquela esposada pela articulista. Na resposta, poderia ser publicada manifestação de autoridades médicas sobre o assunto.¹²³

O exemplo citado possui outra característica que gera controvérsias a respeito do direito de resposta: a sua aplicabilidade em face de mensagens com conteúdo exclusivamente opinativo. A Lei nº 5.250, de 1967 (Lei de Imprensa), que regulava o direito de resposta e foi considerada incompatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 (DJ de 06.11.2009), dispunha, em seu art. 29, ser cabível a resposta tanto no caso de acusações e divulgação de fatos inverídicos ou errôneos sobre a pessoa, quanto no caso de ofensas a ela. Uma ofensa não necessariamente está vinculada a fatos atribuíveis à pessoa. A própria redação do citado artigo, ao referir-se a acusações e ofensas **ou** atribuição de fatos inverídicos ou errôneos, corrobora o entendimento de que a Lei assegurava o direito de resposta também no caso de juízos de valor ofensivos. O entendimento da doutrina e da jurisprudência, no entanto, consolidou-se no sentido de vincular o direito de resposta a juízos de fato.¹²⁴

A Lei nº 9.504, de 1997, que regula o processo eleitoral, também contém disposições

¹²³ Em 22 de maio de 2009, foi instaurado inquérito civil público pela Procuradoria da República em São Paulo, no qual se examina a atuação dos meios de comunicação no surto de febre amarela ocorrido em 2008. O inquérito foi iniciado em virtude de representação oferecida pelo Movimento dos Sem Mídia, organização da sociedade civil. Disponível em: <http://producao.prsp.mpf.gov.br/sistema_ICP/icp_pgweb_baixa_arquivo.php?icp_id=681>. Acesso em: 28 fev. 2010.

¹²⁴ Cf. Miranda (1995, p. 566), bem como o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130 (DJ de 06.11.2009).

sobre o direito de resposta. Seu art. 58 prevê esse direito em favor de “candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer meio de comunicação.” Afirmações injuriosas não se referem a juízos de fato, mas a juízos de valor.

Farias (2004, p. 232) tem uma concepção mais restritiva. Segundo esse autor, o exercício do direito de resposta pressupõe que alguém seja acusado ou ofendido “pela divulgação de fato inverídico ou errôneo, realizada por órgão de comunicação social”. Exclui, portanto, as hipóteses de emissão de juízos de valor e de divulgação por meios que não sejam a mídia eletrônica ou as publicações periódicas impressas.¹²⁵

No tocante à aplicabilidade do direito de resposta, há, no Direito Comparado, dois sistemas básicos: o francês, que admite o direito de resposta contra juízos de fato e de valor, e o alemão, que só o admite relativamente a juízos de fato. O modelo francês é aquele que oferece a mais abrangente concepção do direito de resposta. Na mídia impressa, ele é exercível em face de quaisquer tipos de manifestação, bastando que a pessoa seja mencionada, pouco importando a veracidade dos fatos ou a natureza ofensiva das opiniões. Significa dizer que o direito existe mesmo que a informação seja correta e o juízo de valor não seja ofensivo.¹²⁶ No sistema francês, “o contraste e o contraditório prevalecem sobre a soberania de orientação da imprensa”, ao passo que “o sistema alemão privilegia a ideia da veracidade e objetividade da imprensa, dando preferência à sociedade e não às pessoas” (MOREIRA, 1994, p. 17). Assim, no modelo alemão somente se admite o direito de resposta em face de juízos de fato. Sem embargo, convém assinalar que esse direito a uma contra-mensagem não pressupõe a falsidade das afirmações feitas pela imprensa nem a veracidade da resposta, antes visa oferecer ao público versões diferentes dos

¹²⁵ Na mesma linha, cf. Silva (2007, p. 92). Em sentido contrário, Canotilho e Moreira (2007, p. 576), Bastos (2004, p. 50) e Ferreira (1997, p. 196) sustentam que o direito de resposta pode ser exercido nos mais variados cenários comunicacionais, até mesmo nos debates de uma assembleia. A redação do dispositivo constitucional em exame favorece essa segunda posição. Quanto à questão da possibilidade de exercício do direito de resposta relativamente a opiniões, respondem afirmativamente Machado (2002, p. 694), Canotilho e Moreira (2007, p. 575), no Direito português, e Carvalho (1999, p. 176), no Direito brasileiro. O preceito da Constituição Portuguesa que prevê o direito de resposta (art. 37, n. 4) não é diferente muito do constante na Constituição Brasileira, ao estatuir: “A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indenização pelos danos sofridos”. A partir da dicção constitucional, que alude a resposta e retificação, a legislação lusitana associou o direito de resposta à contra-mensagem oferecida em face de juízos de valor, e o direito de retificação à contra-mensagem no caso de juízos de fato (art. 24 da Lei nº 2, de 1999 – Lei de Imprensa, art. 58 da Lei nº 4, de 2001 – Lei da Rádio, art. 59 da Lei nº 32, de 2003 – Lei da Televisão).

¹²⁶ Na mídia eletrônica, contudo, o âmbito de aplicação desse direito é menor, envolvendo apenas “imputações suscetíveis de atentar contra a honra ou a reputação” do indivíduo (RIVERO, 2006, p. 599).

acontecimentos, o que fica evidente em sua denominação: *Gegendarstellung* (apresentação contrária).

No âmbito da União Europeia, o art. 23 da Diretiva nº 89/552/CEE do Parlamento Europeu adotou, para a comunicação televisiva, o modelo alemão, ao determinar aos Estados-membros que adotem medidas no sentido de assegurar às pessoas cujos direitos tenham sido lesados em consequência de alegação incorreta feita durante emissão televisiva o direito de resposta ou medidas equivalentes, não podendo seu exercício ser dificultado pela imposição de termos ou condições excessivos. O artigo dispõe ainda que a resposta deverá ser veiculada em prazo razoável, após justificação do pedido, em momento e forma adequados à emissão a que o pedido se refere.

A previsão do art. 5º, V, da Constituição de 1988 não permite conferir ao direito de resposta a extensão que lhe é dada no Direito francês, já que no Brasil ele pressupõe o agravo. Na França, “pouco importa o sentido do artigo que a põe em causa: o direito de resposta existe pelo mero fato dessa inclusão, seja ela crítica ou elogiosa, contenha ou não uma inexatidão” (RIVERO, 2006, p. 578). Já no Brasil não se poderia conceber agravo resultante de uma opinião elogiosa ou de uma informação considerada verdadeira pelo próprio respondente. Por outro lado, o dispositivo constitucional não limita o direito de resposta à discussão sobre fatos, não havendo por que restringi-lo nesse ponto.¹²⁷

No julgamento da ADPF nº 130, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Lei nº 5.250, de 1967 (Lei de Imprensa), não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Esse diploma legal disciplinava, em seus arts. 29 a 36, o direito de resposta na imprensa, no rádio e na televisão. Na discussão do tema, alguns ministros se manifestaram no sentido ser autoaplicável o art. 5º, V, da Carta Magna, dispensando, assim, regulamentação.¹²⁸ Trata-se de uma leitura bastante problemática do texto constitucional, pois ignora a própria natureza prestacional do direito de resposta.

Diferentemente do que se dá com outros direitos integrantes do rol do art. 5º, a satisfação do direito de resposta não prescinde da adoção de medidas estatais, normativas e fáticas. Para a concretização dos direitos de defesa associados, por exemplo, às liberdades de locomoção e de

¹²⁷ Essa posição foi defendida pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADPF nº 130.

¹²⁸ Cf. voto do Ministro Celso de Mello e intervenções dos Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto. Essa é também a visão de Silva (2007, p. 91).

reunião, não há necessidade alguma de disciplina legal, o que indica o seu caráter autoaplicável. Quanto ao direito de resposta, por implicar uma obrigação de fazer dirigida aos meios de comunicação, obrigação essa cujos contornos não foram minudenciados pela Constituição, afigura-se imprescindível a sua regulação pelo legislador, até mesmo em razão do princípio da reserva legal (art. 5º, II, da Lei Maior).¹²⁹

Consoante asseverou o Ministro Gilmar Mendes naquele julgamento, a norma constitucional que prevê o direito de resposta pressupõe a fixação de procedimentos a serem observados, seja no seu exercício, seja no rito judicial destinado a garanti-lo. Quando levantada a questão da anomia que poderia resultar da não-recepção da Lei de Imprensa nesse ponto, os Ministros que sustentaram ser autoaplicável o art. 5º, V, invocaram a legislação processual existente ou mesmo, por analogia, a legislação eleitoral, como forma de resolver o problema. Ora, essa alusão às leis processual e eleitoral é prova inequívoca de que o dispositivo constitucional em comento não é autoaplicável.

Com a decisão na ADPF nº 130, o STF, sob o argumento de excluir da ordem jurídica lei incompatível com a Constituição, agravou o estado de inconstitucionalidade, em decorrência da lacuna no ordenamento resultante da deliberação. Para contornar situações como essa, a Corte está autorizada a modular os efeitos de sua decisão, nos termos do art. 11 da Lei nº 9.882, de 1999, protraindo a perda de vigência da lei impugnada por razões de segurança jurídica. Perdeu a oportunidade de fazê-lo.

Na verdade, sequer houve exame mais detido da compatibilidade, com a Lei Maior, dos artigos da Lei de Imprensa que previam o direito de resposta. A se julgar pelo voto do Ministro Carlos Britto, relator da ação, a inconstitucionalidade, nesse caso, operaria por arrastamento. A posição perfilhada pela maioria da Corte foi de não existir interdito constitucional à regulação legislativa do direito de resposta. Se o Congresso Nacional pode editar uma lei específica para disciplinar esse direito, os dispositivos da Lei de Imprensa a ele referentes só poderiam ser

¹²⁹ O mesmo ocorre com o direito de antena dos partidos políticos, previsto no art. 17, § 3º, da Carta Magna. O preceito constitucional faz expressa remissão a lei regulamentadora do direito, mas isso não significa que ele seria autoaplicável se tal remissão à disciplina legal não constasse do dispositivo. Isso porque a necessidade de desdobramento normativo é típica dos direitos de natureza prestacional (a menos, é claro, que o constituinte houvesse regulado exaustivamente a matéria, de modo a permitir sua aplicação sem a *interpositio legislatoris*, o que não ocorreu no caso). Dizer simplesmente que os partidos políticos têm acesso gratuito aos meios de comunicação deixa em aberto (e, portanto, sujeitas à conformação legislativa) questões como a extensão temporal do direito, a forma de divisão do tempo total entre os partidos, os horários de veiculação, entre outras.

reputados inválidos se seus comandos se revelassem materialmente inconciliáveis com a Constituição ou se tivessem sido redigidos de uma forma que não permitisse sua leitura dissociada de outros artigos da Lei, considerados não-recepcionados. A inconsistência da decisão do Tribunal nesse ponto pode ser constatada através de um exercício simples, imaginando-se que o Poder Legislativo aprovasse lei com teor idêntico ao dos arts. 29 a 36 da Lei de Imprensa. A autonomia temática desses dispositivos permite afastar o argumento da inconstitucionalidade por arrastamento. Ademais, seu conteúdo em nada conflita com a Constituição.

A ausência de lei regulando o direito de resposta conduz a uma série de dificuldades, que vão desde a definição de seu alcance material até os seus aspectos procedimentais. A esse direito se aplica, com total pertinência, o brocardo “justiça tardia é injustiça flagrante”. Sem regulação específica do assunto, poderão ser adotados prazos processuais ordinários, a depender da interpretação de cada magistrado. Ademais, as diferenças de tratamento, tanto no tocante ao conteúdo do direito quanto à sua forma de aplicação, dificilmente podem se compatibilizar com o princípio da segurança jurídica, como observaram os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, no julgamento da APDF nº 130.

A proposta de concretização direta da norma constitucional estatuidora do direito de resposta levanta ainda questões como a relacionada à tendência atualmente verificada de uma espécie de concretização *per saltum* dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, dispensando a *interpositio legislatoris* em casos nos quais se revela evidente a sua necessidade, com graves repercussões sobre a própria estrutura de um Estado democrático fundado no princípio da separação dos poderes e no qual o *locus* primário das decisões que envolvem alternativas políticas de desdobramento de comandos constitucionais é o Poder Legislativo.¹³⁰ A questão

¹³⁰ O debate travado entre Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski durante aquele julgamento é bem ilustrativo dessa problemática. Em seu voto, o Ministro Lewandowski afirmara ser a Lei de Imprensa um “texto legal totalmente supérfluo, porque a matéria nele contida já se encontra, no que interessa à cidadania, regulada por inteiro no texto constitucional”. No curso do julgamento, deu-se então o seguinte diálogo:

“O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – [...] A resposta ou retificação deve ser formulada por escrito, dentro de que prazo? Qual será o prazo do artigo 5º, inciso V, tirada a lei?”

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – O juiz determinará. [...]

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Veja, distingue-se, ainda, o direito de resposta com o exercício da ação penal ou civil. Agora, qual será a regra? O direito de resposta consiste na publicação da resposta ou retificação no mesmo jornal, nos caracteres. O que será, qual será a disciplina do juiz? E nós temos quinze mil juízes, talvez, oito ou dez mil tratando desses temas.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – E quatro instâncias recursais que, certamente, harmonizarão o tema, como fizeram com relação à ausência de tarifação no que tange à indenização por dano moral.”

refoge, contudo, o âmbito deste trabalho.

b) O direito de antena dos partidos políticos

Outro direito fundamental a uma prestação de resultado é o previsto no art. 17, § 3º, da Constituição de 1988, que assegura aos partidos políticos o acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. Difere do direito de resposta por não ter um caráter reativo. Sem embargo, a exemplo dele, pressupõe um direito a prestações de meio, consistentes na disciplina legal dos procedimentos a serem adotados para o cumprimento do referido comando constitucional.

No Direito Comparado, outros textos constitucionais asseguram expressamente direitos de acesso aos meios de comunicação em favor dos partidos políticos. A Constituição Espanhola de 1978, em seu art. 20, n. 3, preceitua que os meios de comunicação social dependentes do Estado ou de qualquer ente público garantirão acesso aos grupos políticos e sociais significativos, na forma definida em lei. O mesmo tema é tratado, com mais detalhes, pela Constituição Portuguesa, cujo art. 40 estabelece:

Artigo 40º

(Direitos de antena, de resposta e de réplica política)

1. Os partidos políticos e as organizações sindicais, profissionais e representativas das actividades económicas, bem como outras organizações sociais de âmbito nacional, têm direito, de acordo com a sua relevância e representatividade e segundo critérios objectivos a definir por lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e de televisão.

2. Os partidos políticos representados na Assembleia da República, e que não façam parte do Governo, têm direito, nos termos da lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e televisão, a ratear de acordo com a sua representatividade, bem como o direito de resposta ou de

Sobre a questão do protagonismo do Poder Judiciário e da Corte Constitucional, que se faz acompanhar hoje de um estiolamento do Poder Legislativo, Zagrebelsky (2007, 152-3) adverte: “O reconhecimento da legislação como função originária e não derivada depende necessariamente de que a Constituição se conceba não como um sistema fechado de princípios, mas como um contexto aberto de elementos, cuja determinação histórico-concreta, dentro dos limites de elasticidade que tal contexto permite, é deixada ao legislador. Só assim é possível que a existência de uma Constituição que contém princípios substantivos não contradiga o pluralismo, a liberdade da dinâmica política e a competição entre propostas alternativas. Pensar o contrário não só representa uma manifestação de soberba dos juristas, mas também constitui um risco “holístico” de asfixia política por saturação jurídica. A Constituição se colocaria contra a democracia. [...] [O legislador] pode pretender, tanto dos juizes como da Corte constitucional, que se mantenham abertas as possibilidades de exercitar seu direito a contribuir politicamente à formação do ordenamento jurídico. Se esse direito não se respeitar, talvez tenhamos um Estado mais constitucional, porém desde logo já não teremos um Estado constitucional democrático.” Se a assunção, pela Corte Constitucional, do papel de legislador apresenta tais problemas, o que não dizer do exercício de prerrogativas do parlamento pelo Poder Judiciário como um todo... Essa situação poderia ser atenuada caso o STF, instado a se manifestar em sede de mandado de injunção, adotasse decisão de caráter aditivo, a exemplo do que fez no MI nº 670 (DJ de 31.10.2008), que discutiu o direito de greve do servidor público, para determinar a aplicação, ao direito geral de resposta, das regras estabelecidas para o direito de resposta no Direito Eleitoral, naquilo que coubesse, e enquanto o Poder Legislativo não aprovasse nova lei de imprensa. Se tal solução não resolveria de todo o *deficit* democrático, ao menos afastaria os riscos de desenvolvimento de um quadro de insegurança jurídica.

réplica política às declarações políticas do Governo, de duração e relevo iguais aos dos tempos de antena e das declarações do Governo, de iguais direitos gozando, no âmbito da respectiva região, os partidos representados nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas.

3. Nos períodos eleitorais os concorrentes têm direito a tempos de antena, regulares e equitativos, nas estações emissoras de rádio e de televisão de âmbito nacional e regional, nos termos da lei.

Noutros países, na ausência de disposição constitucional expressa, as Cortes Constitucionais reconheceram a existência do direito de acesso dos partidos políticos aos meios de comunicação pela interpretação conjugada das normas referentes à liberdade de expressão, ao princípios do pluralismo e da democracia. Em qualquer caso, seu exercício dependeria de provimentos legislativos que lhe dessem conformação.

No Brasil, o direito de antena dos partidos políticos é regulado pelas Leis nº 9.096, de 1995, e nº 9.504, de 1997. A primeira trata, em seus arts. 45 a 49, do direito de acesso dos partidos para fins de difusão dos programas partidários, transmissão de mensagens aos filiados, divulgação da posição do partido quanto a temas político-comunitários, promoção e difusão da participação política feminina. A segunda lei regula, em seus arts. 44 a 57, o direito de acesso para fins de propaganda eleitoral.

Ambos os diplomas legais estabeleceram tratamento diferenciado aos partidos, no tocante ao direito de antena, em função de seu desempenho eleitoral. A Lei nº 9.504, de 1997, em seu art. 47, § 2º, divide o tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão entre os partidos e coligações com candidatos e representação na Câmara dos Deputados, da seguinte forma: (i) um terço, igualmente; (ii) dois terços entre os partidos com representantes na Câmara dos Deputados, observadas as proporções das bancadas eleitas no último pleito. A propaganda deve ser exibida de segunda-feira a sábado, durante os quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, com um total de 60 minutos de programação diária nas eleições municipais e 100 minutos nas demais.¹³¹

De seu turno, a Lei nº 9.096, de 1995, em seus arts. 13, 48 e 49, distinguiu os partidos em dois grupos, conforme atendessem ou não a exigência de obtenção de, no mínimo, 5% dos votos válidos nas eleições para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos um terço dos

¹³¹ A Argentina adota um sistema semelhante ao brasileiro, com parte do tempo distribuída equitativamente e outra parte de forma proporcional à votação obtida pelos partidos nas eleições anteriores (art. 43 da Lei nº 26.571, de 2009). Entretanto, a fração reservada para repartição equitativa – metade do total – é bem maior que a da lei brasileira.

Estados, com um mínimo de 2% do total de cada um deles. Os que satisfizessem o requisito teriam direito: (i) à realização, a cada semestre, de um programa em cadeia nacional e outro em cadeia estadual, ambos com duração de 20 minutos; (ii) a 40 minutos, por semestre, para serem usados em inserções de 30 segundos ou 1 minuto, nas redes nacionais, e igual tempo nas emissoras estaduais. Já os partidos que não alcançassem a votação mínima exigida, teriam direito a apenas um programa por semestre, em cadeia nacional, com duração de 2 minutos.

As regras da Lei nº 9.096, de 1995, foram objeto das ADIs nº 1.351 e 1.354, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal em 07.12.2006 (DJ de 29.06.2007). Na decisão, a Corte concluiu serem tais normas incompatíveis com os princípios do pluripartidarismo e da proporcionalidade, por inviabilizarem o crescimento e desenvolvimento de partidos novos e minoritários.¹³² Para evitar o vácuo legislativo, o Tribunal houve por bem conferir à lei interpretação conforme à Constituição, mantendo, até que o Congresso Nacional aprovasse nova lei, a vigência de regras transitórias, contidas no mesmo diploma, bem menos restritivas do acesso dos pequenos partidos ao tempo no rádio e na televisão.

Em seu voto na ADI nº 1.351, o Ministro Gilmar Mendes invocou o princípio da igualdade de chances (*Chancengleichheit*), objeto de desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais no Direito alemão, para concluir pela falta de razoabilidade na regra brasileira de distribuição do tempo de propaganda eleitoral. Como observado pelo Ministro, a igualdade de chances representa, no ordenamento tedesco, um “princípio constitucional autônomo, um autêntico direito fundamental dos partidos”, de acordo com o qual o Estado deve dispensar tratamento igualitário a essas agremiações políticas. No ordenamento jurídico brasileiro, o pluralismo político e o pluripartidarismo são princípios de estatura constitucional, estando previstos nos arts. 1º, V, e 17 da Lei Maior.

A jurisprudência do TCF alemão relativiza o princípio da igualdade de chances, para considerar que o Estado não pode simplesmente olvidar as diferenças de importância de cada partido no quadro político (caso *FDP-Sendezeit*, BVerfGE 14, 121). Conforme esse entendimento, a igualdade de chances formal deve ser afastada, para que os desiguais sejam tratados desigualmente, naquilo que se convencionou chamar de *abgestufte Chancengleichheit*

¹³² A Lei também fazia diferenciação dos partidos, igualmente considerada inconstitucional, quanto ao recebimento de recursos do fundo partidário, determinando a distribuição de 99% do total aos partidos que atendessem àquelas mesmas exigências, proporcionalmente aos votos obtidos, e de 1% a todos os partidos, em parcelas iguais.

(igualdade de chances gradual), assegurando-se, contudo, tempos mínimos de transmissão que não inviabilizem uma participação efetiva dos partidos menores no processo eleitoral. Consoante consignou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto:

Não há dúvida de que a gradação da “igualdade de chances” deve realizar-se *cum grano salis*, de modo a assegurar razoável e adequada eficácia a todo e qualquer esforço partidário. Até porque o abandono da orientação que consagra a igualdade formal entre os partidos não pode ensejar, em hipótese alguma, a nulificação do tratamento igualitário que lhes deve ser assegurado pelo Poder Público. Eventual gradação do direito de igualdade de chances há de se efetivar com a observância de critério capaz de preservar a própria seriedade do sistema democrático e pluripartidário.

Tal constatação mostra-se particularmente problemática no que concerne à distribuição dos horários para as transmissões radiofônicas e televisivas. Uma radical gradação do direito de igualdade de chances acabaria por converter-se em autêntica garantia do *status quo*. Daí ter-se consolidado na jurisprudência constitucional alemã orientação que assegura a todos os partícipes do prélio eleitoral, pelo menos, uma “adequada e eficaz propaganda” (*angemessene und wirksame Wahlpropaganda*). Considere-se, assim, que um *Sendezeitminimum* (“tempo mínimo de transmissão”) deve ser assegurado a todos os concorrentes, independentemente de sua “significação”.

É discutível que se deva, em nome da preservação da neutralidade do Estado frente aos partidos políticos, conferir-lhes tratamento diferenciado nas eleições. Cada pleito representa um novo ponto de partida no processo político. Estabelecer diferenças entre os competidores nessa fase implica alterar as condições de igualdade inicial que deveriam reinar nesse momento. Regras que estabeleçam oportunidades diferentes de comunicação política no processo eleitoral produzem efeitos retroalimentadores, fazendo com que os partidos que obtiveram bons resultados no passado desfrutem de vantagens no novo pleito e nos seguintes. Os meios de comunicação de massa são hoje a principal plataforma de propaganda política.

As eventuais vantagens de um maior apoio popular a determinada agremiação política devem ser a consequência de um processo eleitoral igualitário e não a justificativa para a criação de desigualdades legais no próprio processo eleitoral. Não há qualquer imperativo lógico que legitime o tratamento privilegiado, em uma nova disputa, a partidos que obtiveram bons resultados em eleições passadas. Nem mesmo se pode dizer que esse tratamento decorra de uma vontade popular manifestada no pleito anterior, pois a manifestação do povo, naquela ocasião, não se referiu à atribuição de oportunidades comunicativas aos partidos, mas ao exercício do poder político. E mesmo que o juízo popular se referisse especificamente ao problema da distribuição de tais oportunidades, seria questionável que a maioria pudesse disciplinar a questão a seu talante. Em uma concepção co-participativa da democracia, como a propugnada por Dworkin, as decisões coletivas, para se qualificarem como democráticas, não necessitam apenas

do apoio da maioria, mas devem ser tomadas em uma atmosfera de livre discussão, na qual sejam asseguradas condições adequadas de participação a todos. De fato, a “oportunidade equitativa de acrescentar à pauta propostas alternativas para a discussão política” (RAWLS, 2002, p. 246) é essencial para o funcionamento do regime democrático.

O raciocínio que invoca um dever estatal de neutralidade, para justificar o tratamento mais favorável aos grandes partidos incorre no mesmo equívoco identificado por Sunstein quanto à doutrina da neutralidade em relação ao *status quo*.¹³³ Ignora que os grandes partidos adquiriram suas atuais dimensões devido, em parte, a regras criadas pelo próprio Estado. Com efeito, ao concentrar recursos financeiros e comunicacionais naqueles partidos que já detêm alguma projeção, o Estado age como catalisador de um processo de concentração do quadro partidário.

O resultado provável de normas que tratem de forma diferenciada os competidores em razão do desempenho eleitoral passado é o fechamento do sistema partidário, dificultando o desenvolvimento e a sobrevivência de novos grupos políticos, o que dificilmente pode ser conciliado com o princípio do pluralismo partidário. Em outros campos, não se costuma admitir que relacionamentos passados do Estado com atores sociais autorizem o estabelecimento de tratamento mais favorável a eles em um processo que deve observar o princípio da isonomia. Exemplo disso pode ser buscado nas licitações e contratos administrativos. O desempenho de um licitante em contratos passados com a Administração não pode servir de critério para julgamento de sua proposta em nova licitação.

A legislação de diversos países adotou um regime de igualdade dos partidos para evitar os males de um sistema de proporcionalidade mitigada anteriormente identificados.¹³⁴ O art. 40 da Lei Maior de Portugal faz, como visto, uma distinção entre o direito de antena ordinário dos partidos políticos e o direito de antena para fins eleitorais. No primeiro caso, a distribuição de tempo se dá com base na representatividade da agremiação partidária e o direito é exigível apenas das emissoras públicas, ao passo que no segundo a distribuição é feita de forma equitativa entre os candidatos e o direito é exercido em face de emissoras públicas e privadas. A divisão equitativa do tempo nos períodos eleitorais não tem outra finalidade senão preservar a igualdade

¹³³ Cf. Capítulo 3, Seção 3.3.3, deste trabalho.

¹³⁴ Segundo dados do projeto *The Electoral Knowledge Network*, 43,6% de um total de 188 países pesquisados adotam o critério da igualdade entre os partidos para a alocação de tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Apenas 7,4% dos países adotam um sistema de repartição baseado no resultado das eleições anteriores. Disponível em: <<http://aceproject.org/epic-en/CDTable?question=ME037>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

de oportunidades e de tratamento dos candidatos (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 605).

Nos EUA, o direito à propaganda eleitoral para cargos federais é regulado pelas Seções 312 e 315 do *Communications Act*, que preveem as cláusulas de razoável acesso e de equivalência de tempo. As emissoras que venderem espaço para propaganda política para um candidato, não podem se recusar a vender espaço aos demais candidatos, nas mesmas condições. A inobservância dessas disposições pode acarretar a perda da licença. Como o uso do tempo de programação pelos candidatos não se dá de forma gratuita, o exercício do direito pode não ocorrer de modo equivalente, em virtude das diferentes capacidades financeiras de cada candidatura.

A Suprema Corte considera as citadas regras do *Communications Act* consentâneas com a Primeira Emenda. Vale-se, contudo, de uma linguagem ambígua ao tratar do fundamento constitucional ou meramente legal de tal direito. De um modo geral, pode-se dizer que a Suprema Corte tem sido fiel à perspectiva de que a Constituição estabelece limites apenas à ação governamental e que os detentores de licenças de radiodifusão não podem ser equiparados a autoridades públicas para fins de aplicação da teoria da *state action*. Por outro lado, ao aludir ao direito de acesso para fins eleitorais, o Tribunal chegou a referir-se à Primeira Emenda como fundamento de direitos de acesso (*CBS Inc. v. FCC*, 453 U.S. 367):

O direito de acesso à mídia previsto na Seção 312 (a) (7), como definido pela FCC e aplicado neste caso, não viola os direitos das emissoras garantidos pela Primeira Emenda, por uma indevida restrição à sua discricão editorial, **antes promove o equilíbrio entre os direitos, fundados na Primeira Emenda, dos candidatos a cargos federais, do público e das emissoras.** Embora a Primeira Emenda assegure à indústria de radiodifusão o exercício “da mais ampla liberdade jornalística consistente com os seus deveres públicos” (*CBS v. DNC*, supra, 412 U.S. 110), “O direito primordial é o do público, e não o das emissoras” (*Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 395 U.S. 390). A Seção 312 (a) (7), que cria somente um direito limitado de acesso à mídia, faz uma contribuição significativa para a liberdade de expressão, aumentando a capacidade dos candidatos de apresentar, e do público de receber, informações necessárias para o funcionamento efetivo do processo democrático.

Sem embargo, a orientação que prevalece na decisão colacionada é de que não haveria uma exigência constitucional de instituição desse direito de acesso, ainda que tal medida legislativa se revele adequada para a realização dos objetivos da Primeira Emenda.

Na Itália, o direito de acesso dos partidos políticos aos meios de comunicação não se encontra expressamente previsto na Constituição. A Lei nº 28, de 2000, que dispõe sobre paridade de acesso aos meios de comunicação durante as campanhas políticas, estabelece a

obrigatoriedade de reserva de espaço na programação das concessionárias de rádio e televisão nacionais para a comunicação dos partidos políticos, garantindo-lhes, durante a campanha, igual acesso nos programas eleitorais, debates, mesas redondas, entrevistas e outros programas em que seja relevante a exposição de visões políticas. Esse direito é válido para todos os partidos que apresentem candidatos em colégios ou circunscrições eleitorais que, somadas, representem pelo menos um quarto do eleitorado total.

Os operadores de radiodifusão ingressaram no Poder Judiciário contra a citada lei, alegando que ela violava a liberdade de expressão garantida pelo art. 21 da Constituição Italiana. Levado o caso à Corte Constitucional, sua decisão foi pela constitucionalidade do diploma legal. Na Sentença nº 155/2002 (GU de 15.05.2002), o Tribunal asseverou que: (i) o direito dos cidadãos à informação completa e objetiva deve ser protegido com prioridade; (ii) a liberdade de expressão das emissoras de radiodifusão se explica tendo em vista o propósito de tornar acessível, durante as eleições ou a qualquer tempo, o mais amplo conjunto de informações necessárias à formação de sua consciência política (trata-se, portanto, de uma liberdade instrumental); (iii) o mero pluralismo externo (diversidade de operadores) não é suficiente para assegurar o exercício da liberdade de expressão política através da televisão em um cenário no qual o número de emissoras é muito reduzido, fazendo-se necessárias, nesse contexto, medidas que assegurem o pluralismo interno.

Na França, a igualdade de tempo de propaganda no rádio e na televisão é determinada, nas eleições para presidente da República, pelo art. 15 do Decreto nº 213, de 2001. Para as eleições parlamentares, o art. 167 do Código Eleitoral determina que o tempo de propaganda seja dividido em duas partes iguais, uma atribuída ao grupo dos partidos que compõem a maioria e a outra aos partidos que compõem a minoria.¹³⁵ Em ambos os casos, a propaganda é gratuita para os partidos e se faz nos meios de comunicação estatais.

Como se vê, o tratamento igualitário aos partidos na concessão de direitos de antena, longe de ser algo insólito, é a regra adotada em diversos ordenamentos jurídicos e se funda em

¹³⁵ Há regras destinadas a garantir o pluralismo também em períodos não eleitorais. Nos termos da Decisão nº 60, de 2009, do *Conseil Supérieur de L'Audiovisuel* (JO de 30.07.2009), as emissoras de rádio e televisão devem assegurar aos representantes da oposição parlamentar pelo menos metade do tempo de exposição conferido às intervenções do presidente da República, seus auxiliares e os representantes da maioria parlamentar. Quanto aos grupos políticos que não integrem nem a oposição nem a maioria parlamentar, deve-lhe ser concedido espaço para intervenções condizente com a sua representatividade política.

ponderáveis razões de ordem constitucional.

2.2.4. Subsídios estatais à comunicação

Outro direito a prestações materiais consiste no fornecimento de subsídios à comunicação, seja pela concessão de financiamentos em condições favorecidas às empresas do setor, seja pelo estabelecimento de um regime tributário mais benéfico ou outras ações de fomento.

A Constituição de 1988 prevê, em seu art. 150, VI, *d*, a imunidade, relativamente a impostos, em favor de livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão. Trata-se de norma que, na verdade, consagra um direito classificável como de defesa, na medida em que obriga o Estado a abster-se de instituir e cobrar impostos sobre determinadas atividades. Outra seria a conclusão caso o dispositivo constitucional previsse um dever de dar tratamento tributário favorecido ao setor (como fez no art. 146, III, *d*, em relação às microempresas), hipótese que configuraria um direito de natureza prestacional. Direito com tal feição pode ser identificado na norma do art. 215 da Carta, que reza:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

.....
 § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

- I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
- II - produção, promoção e difusão de bens culturais;
- III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
- IV - democratização do acesso aos bens de cultura;
- V - valorização da diversidade étnica e regional.

Como se pode notar na leitura do preceito constitucional, impõe-se ao Estado a adoção de uma conduta ativa, no sentido de assegurar o acesso às fontes da cultura nacional e a difusão das manifestações culturais. Ora, os meios de comunicação social representam um dos mais importantes veículos de difusão da cultura, ainda que não o único. Ações de fomento são, desse modo, exigíveis. A forma que adquirirão se sujeita a um juízo político do legislador, que dispõe de ampla liberdade de conformação nesse ponto.

De mais difícil qualificação é a publicidade oficial. A rigor, poderia ser vista como

simples remuneração por um serviço prestado, e não como um subsídio.¹³⁶ De qualquer maneira, não há como ignorar que uma parte significativa das receitas dos meios de comunicação provém exatamente da publicidade governamental e que o Estado poderia reduzi-la ou realizá-la apenas nos seus próprios meios de comunicação, o que redundaria em prejuízo ao debate público e ao pluralismo. A garantia da atividade de comunicação social depende, portanto, em alguma medida, do papel do Estado como anunciante.¹³⁷

A Constituição brasileira não condena a publicidade oficial. Quando vinculada à finalidade de conferir transparência e visibilidade da ação dos Poderes Públicos, constitui atividade que tem por escopo atender a um princípio regedor da Administração Pública, devendo, contudo, revestir-se de caráter educativo, informativo ou de orientação social, vedada a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (art. 37, *caput* e § 1º, da Constituição). Como observa Weberling (2008, p. 108), “é obrigação do governo dar a conhecer seus atos e seus projetos, assim como os problemas a solucionar. Ou seja, o trabalho de relações públicas do governo não só é legítimo como necessário para manter vivo o consenso básico da vida democrática comunitária e capacitar o cidadão a participar dos acontecimentos políticos.”¹³⁸

Diversos países organizam a publicidade oficial de modo a garantir o pluralismo na comunicação e o fortalecimento da mídia local. Na Itália, o Decreto Legislativo nº 177, de 2005, determina que pelo menos 15% das verbas anuais de publicidade dos órgãos e entidades da administração pública sejam destinadas a emissoras locais de rádio e televisão privadas, e pelo menos 50% dessas mesmas verbas sejam destinadas aos jornais e periódicos. A Constituição Portuguesa previu, em seu art. 38, n. 4, os deveres estatais de apoiar, de forma não-discriminatória, os órgãos de comunicação social e de impedir a sua concentração. O tratamento igualitário deve, portanto, ser compatibilizado com os propósitos constitucionais antioligopolísticos. Por isso, o Decreto-lei nº 231, de 2004, dispõe, em seu art. 3º, que ao menos

¹³⁶ Nesse sentido, Machado (2002, p. 674). Contrariamente, cf. Dennis (2004, p. 130).

¹³⁷ Cf. RODRIGUES, Fernando. Governo terceiriza gasto com publicidade. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 3 jan. 2005, p. A-6. RODRIGUES, Fernando. Governos gastam 3 bilhões por ano com propaganda no Brasil. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 5 set. 2005, p. A-10. Segundo as reportagens, os gastos anuais do Governo Federal com publicidade ultrapassavam, à época, 1 bilhão de reais, o que fazia dele o segundo maior anunciante do país. Somados os gastos das três esferas governamentais, o total da verba anual utilizada em publicidade chegava a 3 bilhões de reais.

¹³⁸ No STF, podem ser colhidas manifestações na mesma linha. Como asseverou o Ministro Maurício Corrêa, no julgamento da medida cautelar na ADI nº 2.472 (DJ de 03.05.2002), a publicidade oficial tem como fundamento o dever do governo de informar a população e lhe prestar contas de seus atos.

25% do custo global do espaço publicitário comprado pelo Estado no setor de radiodifusão e na imprensa sejam atribuídos a rádios locais e à imprensa regional, sendo 12% para as rádios, 12% para a imprensa em suporte de papel e 1% para a imprensa em suporte eletrônico.

Diferentemente da Constituição Portuguesa, a brasileira não contém qualquer dispositivo que expressamente imponha ao Estado o auxílio financeiro às empresas de comunicação. Contudo, uma vez adotadas medidas desse jaez, as ações de fomento devem observar o princípio da isonomia. Esse é um problema sensível no Brasil. O tratamento favorecido a determinados veículos de comunicação é estratégia comum dos governos para cooptar a mídia. O fenômeno é identificável sobretudo na distribuição de verbas publicitárias, com a premiação da mídia simpática ao governo, em detrimento dos órgãos de comunicação de postura mais crítica. O princípio da isonomia veda o tratamento discriminatório nas relações entre o Estado e as empresas de comunicação.

Não há justificativa constitucional para a concentração das ações publicitárias governamentais em apenas alguns jornais, revistas, emissoras de rádio ou de televisão. Nesses casos, o mandamento da igualdade não é ferido apenas em relação aos veículos prejudicados, mas também ao seu público, que deixa de ter acesso às mensagens de caráter educativo, informativo ou de orientação social. Assim, o tratamento discriminatório não se revela compatível com a Constituição nem mesmo sob o argumento de uma maior penetração social de determinados jornais, revistas ou emissoras, porquanto o direito de acesso às informações é de todos, não apenas do público desses veículos.

Ademais, se o Estado decide fazer publicidade institucional apenas nos jornais e revistas de maior circulação e nas emissoras de maior audiência, contribui para a concentração do setor de comunicações, o que vai de encontro com o claro desiderato do constituinte de evitá-la (art. 220, § 5º, da Lei Maior). Se há espaço para alguma espécie de tratamento diferenciado, deve ser em benefício dos veículos menores, com o objetivo de diminuir a concentração e incentivar o pluralismo no setor.¹³⁹

Na Noruega, as campanhas publicitárias nacionais do governo devem ser veiculadas em todos os 156 jornais do país, valendo a mesma regra relativamente às campanhas de âmbito local

¹³⁹ Como medida para incentivar o pluralismo, Faraco (2009, p. 180) propõe que os bancos públicos confirmem tratamento preferencial a *newcomers* no mercado de comunicação, na concessão de financiamentos ao setor.

para todos os jornais da região à qual se referem (BAKER, 2007, p. 186). Deve-se ter presente que o preço do espaço publicitário em veículos de menor audiência ou circulação tende a ser inferior. Assim, a divulgação de uma mesma campanha institucional em veículos diversos acarretará custos também distintos, o que infirma argumentos no sentido de que o governo, ao pulverizar seus gastos com publicidade, oferecerá tratamento igual a veículos desiguais. Cada qual será remunerado segundo o preço de seus espaços publicitários.

Segundo Hallin e Mancini (2004, p. 162), há exemplos, nos países da Europa Setentrional, de sistemas de subsídios diretos concedidos de forma equivalente a toda a mídia impressa, bem como sistemas direcionados apenas aos jornais mais fracos economicamente ou que representem a visão de grupos sociais minoritários, chegando as transferências a representar, em alguns casos, até 35% da receita desses jornais. Esse financiamento costuma se dar a partir de tributos cobrados sobre a atividade publicitária, sobretudo a desenvolvida na televisão. A partir dos anos 1960, diversos países europeus adotaram mecanismos de subsídio à imprensa como forma de deter o processo de concentração econômica do setor que, já naquela época, começava a se tornar preocupante. Ainda de acordo com Hallin e Mancini, se tais sistemas de subsídios não foram capazes de eliminar, de todo, a tendência à concentração no mercado de mídia impressa, há evidências no sentido de que eles a frearam, assegurando, em certa medida, a preservação do pluralismo nos países onde foram implantados. Em alguns setores, como o de publicações locais semanais, houve mesmo expansão do número de periódicos. Tanto nos países escandinavos quanto nos de língua alemã, há uma percepção consolidada de que a mídia não deve ser reduzida à sua expressão como empreendimento capitalista, mas deve ser vista como uma instituição social com papéis que transcendem a dimensão mercadológica.

Uma objeção aos incentivos governamentais como estratégia para estimular o pluralismo na mídia consiste no argumento de que eles arrefeceriam a disposição dos veículos de comunicação de fiscalizarem as ações do Poder Público. Entretanto, a experiência de países do norte da Europa nessa matéria fornece evidências em sentido contrário. Com efeito, “a mídia tratava com maior deferência as elites políticas na década de 1950, antes da implantação do sistema de subsídios estatais, do que nos anos 1970”, quando os subsídios atingiram o maior nível, o que pode ser explicado pelo estabelecimento de critérios claros e objetivos para a concessão dos benefícios, “consistente com o forte papel da autoridade racional-legal” nesses países (HALLIN; MANCINI, 2004, p. 163).

A concessão de subsídios à mídia é uma realidade mesmo em países que a rejeitam sob a forma de transferências diretas em dinheiro. Nos EUA, por exemplo, existiu por mais de um século a isenção de taxas por serviços postais em favor de jornais. Chegou-se mesmo a cogitar, no séc. XIX, que a concessão desse subsídio constituía uma exigência da Primeira Emenda (BAKER, 2007, p. 183). Tal isenção vigorou de 1845 a 1962, por previsão legal, para a distribuição de jornais em um raio de 30 milhas a partir de seus locais de publicação.

A Suprema Corte norte-americana tem um entendimento bastante peculiar no tocante à liberdade de ação do governo para subsidiar a comunicação. Como já assinalado, a postura do Tribunal relativamente a ações governamentais reguladoras da liberdade de expressão é bem rigorosa, exigindo o teste do escrutínio estrito para normas que não sejam neutras quanto ao conteúdo da expressão. Valendo-se desse teste, a Corte considerou inconstitucional a Lei da Flórida que previa o direito de resposta na imprensa, por entender que a norma estabelecia uma punição para a imprensa que levava em conta o conteúdo divulgado pelos jornais. Já no caso da instituição de subsídios, a Suprema Corte, no caso *Rust v. Sullivan* (500 U.S. 173), de 1991, decidiu que:

O governo pode, sem violar a Constituição, financiar seletivamente um programa para estimular determinadas atividades que ele acredita serem de interesse público, sem ao mesmo tempo financiar um programa alternativo que procura enfrentar o problema de outro modo. Ao fazer isso, o governo não discrimina com base no ponto de vista; ele apenas escolhe financiar uma atividade com exclusão de outra.

Julgava-se na ocasião, a constitucionalidade de um programa do Departamento de Saúde e Direitos Humanos no qual o recebimento de recursos federais por serviços de planejamento familiar estava condicionado a que os profissionais neles atuantes se abstivessem de sugerir o aborto como um dos métodos de planejamento. Os autores da ação alegaram que a medida estatal importava o estabelecimento de condição inconstitucional, exigindo a renúncia a um direito fundamental para o recebimento de um benefício, e afrontavam a Primeira Emenda, ao preverem uma discriminação quanto ao conteúdo do discurso. A Corte entendeu, contudo, que, tratando-se de ações de fomento, o Estado gozava de uma margem de discricção muito maior do que no caso de restrições a direitos fundamentais. O patrocínio de determinada posição não poderia ser visto como uma discriminação com base no ponto de vista. Contudo, como observa Sunstein (2009, p. 303), o raciocínio desenvolvido pela Suprema Corte, se levado ao extremo, poderia justificar que o governo subsidiasse uma convenção do Partido Republicano, sem fazer o mesmo em relação ao

Partido Democrata, o que se revela um evidente disparate.

Outra objeção que se poderia fazer ao argumento do Tribunal é que, ao financiar determinado ponto de vista, o governo o faz com recursos retirados compulsoriamente da sociedade, por meio da tributação. Assim, o Estado estaria compelindo a população a financiar manifestações com cujo conteúdo poderia mesmo discordar. Essa questão remete ao caso *Tornillo*, quando a Suprema Corte considerou inconstitucional a lei do direito de resposta exatamente por impor aos jornais a publicação de conteúdo com o qual não concordavam. Diante disso, a incongruência no critério da Corte de diferenciar regulação de fomento, para fins de maior espaço de discricionariedade estatal, revela-se patente.

Na Alemanha, o TCF decidiu, no caso *Postzeitungsdienst* (BVerfGE 80, 124), que a Lei Fundamental não prevê um direito fundamental individual a incentivos estatais à comunicação. Admitiu, porém, a existência de um dever objetivo do Estado, vinculado à garantia institucional da imprensa livre, de proteger essa instituição. Nesse sentido, os subsídios são vistos como um mecanismo que pode contribuir para o cumprimento, pela imprensa, de sua missão pública. No aludido caso, discutia-se a constitucionalidade de ato que não estendeu a determinadas publicações os subsídios do serviço postal conferido a jornais e revistas, por entender que aquelas publicações tinham como finalidade apenas a correspondência comercial e a propaganda, e não a formação da opinião individual e pública. O Tribunal considerou justificável a diferença de tratamento e concluiu que o Estado deve observar um dever de neutralidade na concessão de subsídios a publicações cuja finalidade seja a expressão e disseminação de opiniões e informação:

A liberdade de imprensa protegida pelo art. 5º, I, n. 2, da Lei Fundamental não é menos ameaçada pela concessão de benefícios do que por intervenções e restrições do Poder Público. Isso é especialmente válido para subsídios seletivos, que não operam em favor de todas as publicações protegidas por aquele dispositivo constitucional. [...]

Decisões sobre subsídios à imprensa podem ser essenciais para a realização de direitos fundamentais quando a prestação estatal se faz acompanhar de um sério risco à independência da imprensa em face do Estado ou à sua disposição para a crítica, ou quando a manutenção de um sistema de imprensa livre não pode ser garantida sem tal prestação. Sem embargo, podem-se conceber subvenções que não apresentam tais riscos. A essa categoria pertence o serviço postal para os jornais. Ele representa, para as empresas jornalísticas, um substancial alívio na distribuição e uma considerável economia de custos, embora sua existência não se revele imprescindível, como indicam diversos ordenamentos jurídicos, nos quais essa vantagem não é assegurada. Como prestação garantida a todos os jornais e revistas, independentemente de sua tendência, seu público ou sua qualidade, e negada apenas a publicações sem as características de imprensa, não apresenta qualquer risco à liberdade de imprensa. [...]

Sobre o significado do art. 5º, I, n. 2, da Lei Fundamental no âmbito prestacional, esta Corte ainda não se pronunciou. Todavia, é reconhecido que tal dispositivo constitucional contém

não apenas um direito subjetivo de defesa contra ameaças estatais à liberdade de imprensa, mas também garante genericamente a liberdade de imprensa como um princípio objetivo (cf. BVerfGE 20, 162 [175]). Nesse aspecto, o direito fundamental impõe ao Estado um dever de proteção à imprensa e o vincula em todas as medidas que toma para promovê-la. Disso não resulta, contudo, para o titular da liberdade de imprensa, um direito à ajuda estatal.

Se o Estado decide, sem a isso ser constitucionalmente obrigado, adotar medidas de incentivo à imprensa, tais como a do serviço postal para os jornais, o art. 5º, I, n. 2, da Lei Fundamental exige sejam evitadas influências sobre o conteúdo e a conformação dos produtos de imprensa, bem assim a distorção na competição jornalística da imprensa como um todo. Subsídios estatais não podem favorecer nem prejudicar determinadas opiniões ou tendências. O dispositivo constitucional justifica, no âmbito prestacional, um dever estatal de neutralidade em relação ao conteúdo, que proíbe qualquer diferenciação baseada nesse critério. A esse dever de neutralidade do Estado corresponde, do lado do titular da liberdade de imprensa, um direito subjetivo de defesa contra medidas estatais que tenham por efeito controlar o conteúdo, bem assim uma pretensão por igual tratamento na competição editorial. [...]

O Estado goza, no campo da promoção de direitos fundamentais, de um maior espaço de conformação do que no campo da restrição. O art. 5º, I, n. 2, da Lei Fundamental proíbe apenas que o Estado utilize como critério de incentivo o conteúdo ou a tendência das publicações e, desse modo, exerça influência sobre a opinião pública e o processo de formação da vontade, a qual, segundo a vontade da Constituição, deve permanecer livre de influência estatal, no interesse da autonomia pessoal e do sistema democrático (cf. BVerfGE 20, 162 [174]). Ao contrário, não lhe é negado, em princípio, conformar o seu apoio segundo critérios ideologicamente neutros.

Em face desse dever de neutralidade do Estado perante a mídia, a campanha publicitária *Hartz IV*, promovida pelo governo federal alemão em 2004, restrita a jornais de Bremen, Berlim, Hamburgo e dos estados orientais, a respeito de tema que interessava a toda população do país, recebeu críticas da doutrina, por promover discriminação entre os veículos de imprensa na utilização da verba publicitária, tendo sido notado que “tratamentos desiguais quanto ao lugar de publicação, tiragem, efetividade e critérios similares são inadmissíveis” (WEBERLING, 2008, p. 115).

No caso do Brasil, pode-se discutir se financiamentos seletivos seriam constitucionalmente vedados. Não parece restar dúvida de que o seriam, quando o critério utilizado fosse baseado na tendência, ideologia ou ponto de vista do veículo de comunicação. Aqui, faz-se necessária uma diferenciação.

No campo das restrições à liberdade de expressão, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas costumam aludir a três categorias: as restrições neutras em relação ao conteúdo, as baseadas no conteúdo e neutras em relação ao ponto de vista, e as baseadas no ponto de vista. Em relação às últimas, há uma forte presunção de inconstitucionalidade. Já quanto às restrições baseadas no conteúdo e neutras em relação ao ponto de vista, embora normalmente pese sobre elas tal presunção, a Suprema Corte as admite em relação a determinadas matérias, quando há um

imperioso interesse público perseguido pela regulação. De seu turno, as restrições integrantes da primeira classe gozam de grande tolerância, devendo o Estado apenas demonstrar a relevância e legitimidade dos interesses que justificam a restrição.

Exemplo da primeira espécie é a lei do silêncio em áreas residenciais durante à noite. Neste caso, pouco importa qual seja o conteúdo da expressão: a norma se aplica igualmente a um espetáculo musical, a uma manifestação política ou a um culto religioso que perturbe o descanso alheio. Já na segunda categoria se enquadra, por exemplo, uma norma que proíba a propaganda política em determinados períodos (é o que faz o art. 36 da Lei nº 9.504, de 1997, que veda a propaganda eleitoral antes de 5 de julho do ano do pleito). A expressão sobre determinado assunto e em determinada circunstância é vedada, mas o é independentemente da posição do emissor (no caso citado, pouco importa o partido ou candidato, pois a proibição se aplica a todos). Por fim, as restrições baseadas no ponto de vista são aquelas que se dirigem contra a própria posição do emissor da mensagem, e não apenas ao assunto abordado. O caso Ellwangler (Habeas Corpus nº 82.424, DJ de 19.03.2004), julgado pelo STF, refere-se a uma restrição dessa natureza. Nesse processo, o Tribunal entendeu que escrever, editar, divulgar e comercializar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica constituíam crime de racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716, de 1989. A lei em tela prevê exatamente uma restrição baseada no ponto de vista.

Malgrado didática, essa classificação deve ser vista com algum cuidado. Uma vedação a que determinados conteúdos sejam abordados em dadas circunstâncias pode favorecer um dos pontos de vista sobre tais conteúdos. A interdição do debate sobre um tema costuma favorecer a opinião contemplada no sistema legal, dado o papel decisivo que a discussão exerce sobre os processos de mudança.

Mesmo restrições neutras em relação ao conteúdo podem produzir efeitos que distorcem o debate público. Tendo em vista as dificuldades de acesso aos meios de comunicação de massa, uma das formas mais eficazes de divulgação de ideias por grupos com pouco poder econômico é a panfletagem e as manifestações em locais de grande aglomeração humana. Regulações que impeçam essa atividade em *shopping centers*, rodoviárias, aeroportos têm, evidentemente, um efeito negativo sobre as possibilidades expressivas desses grupos e, conseqüentemente, sobre a divulgação de seus pontos de vista.

Se no campo das restrições, a Suprema Corte norte-americana adota tais diferenciações conceituais no julgamento de sua constitucionalidade, o rigor, como visto, não é o mesmo no que atina ao fomento estatal. A fragilidade dessa orientação também já foi objeto de considerações.

No ordenamento constitucional brasileiro, um tratamento diferencial baseado no ponto de vista, ainda que consistente apenas em medidas de fomento, parece inconciliável com o princípio da igualdade. Cumpre indagar, no entanto, se haveria discriminação com base no conteúdo ou ponto de vista se o critério para a concessão de benefícios diferenciados fosse, por exemplo, a circulação do periódico ou a audiência da emissora. Do ponto de vista formal, esse critério decerto não seria relacionado ao conteúdo. Sê-lo-ia se houvesse uma correspondência fática necessária entre circulação/audiência do veículo e sua tendência. Não se pode dizer, no entanto, que jornais ou emissoras com menor participação no mercado tenham todos uma mesma tendência ou orientação ideológica. Não é certo, portanto, que uma norma que estabelecesse discriminação com base nesse critério seria impugnável sob o argumento de afronta a um dever estatal de neutralidade quanto ao conteúdo. De qualquer maneira, haveria uma discriminação entre veículos de comunicação, a qual precisaria ser justificada, sob pena de caracterizar intolerável ofensa ao princípio da isonomia. Uma das possíveis justificativas constitucionais para o tratamento diferenciado poderia ser o dever do Estado de coibir a concentração no mercado de comunicação, previsto no art. 220, § 5º, da Lei Maior. Se o Estado pode estabelecer medidas antitruste, que importam restrições à propriedade e à liberdade de iniciativa das empresas de comunicação, com o objetivo de impedir a formação de monopólios ou oligopólios comunicativos, é difícil sustentar que ele não estaria autorizado a combatê-los com medidas de fomento à competição, que não implicariam uma limitação na autonomia das empresas de comunicação com posição dominante no mercado.

2.3. Direitos à organização e ao procedimento

Como já mencionado em vários itens anteriores, há, no âmbito da comunicação social, uma série de direitos fundamentais à organização e ao procedimento no ordenamento constitucional brasileiro. Entre eles, incluem-se direitos:

- a) à organização e ao funcionamento de um sistema de promoção do pluralismo e defesa da concorrência na comunicação social, constituído por órgãos com competências para impor medidas de repressão à concentração no setor;

- b) à regulação do setor de radiodifusão, com a criação de um marco legal para atividade, disciplinando a outorga das concessões, autorizações e permissões, as obrigações das emissoras, seu regime disciplinar, as formas de atendimento aos princípios constitucionais regedores da matéria;
- c) à organização e o funcionamento dos serviços estatais de radiodifusão;
- d) à organização do Conselho de Comunicação Social e às formas de participação popular;
- e) a normas que regulem o direito de resposta, fixando prazos e forma de exercício, ritos judiciais e extrajudiciais;
- f) a normas que regulem o direito de acesso dos partidos políticos ao rádio e à televisão;
- g) a procedimentos para a concessão, pelo Estado, de incentivos à comunicação e para a publicidade oficial.

Proceder-se-á, a seguir, ao exame de alguns deles.

No tocante às medidas de combate à concentração da mídia, o Brasil nunca dispôs de legislação antitruste específica para a mídia impressa. Quanto à radiodifusão, embora o modelo de prestação dos serviços adotado tenha sido, desde o início, como nos EUA, o de concessão de direitos de uso exclusivo de frequências a particulares, o país nunca teve uma legislação minimamente eficaz para coibir a concentração na mídia eletrônica.

O fracasso brasileiro no tocante à regulação dessa atividade pode ser mais bem compreendido quando se examina o histórico da prestação de serviços públicos no país. Nos EUA, desenvolveu-se, desde a década de 1930, uma tradição focada no papel do Estado como regulador, fiscalizador da prestação de serviços públicos por agentes privados. O modelo de desenvolvimento seguido pelo Brasil ao longo do séc. XX baseou-se, ao contrário, numa forte intervenção do Estado na economia, atuando como prestador desses mesmos serviços, a exemplo do que ocorreu nos países europeus. Nesse ponto, a radiodifusão constituiu uma exceção, uma vez que, desde o seu surgimento no Brasil, foi predominantemente exercida pela iniciativa privada (MATTOS; SIMÕES, 2005, p. 38):

O que se vê então é que uma atividade notadamente pública, como a televisão, trata de ser encampada com base em um modelo majoritariamente liberal, executado pela iniciativa privada e com necessidade clara de regulação, em um país com tradição estatizante, onde o modelo regulador quase desaparece pela dupla personalidade do Estado proprietário/regulador. Nesse Estado proprietário, a função de regular foi descuidada pela absoluta falta de convicção ou da noção de sua

real necessidade.

A partir de 1988, a questão da concentração da mídia ganhou *status* constitucional no Brasil. De acordo com o art. 220, § 5º, da Lei Maior, “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”. Trata-se de uma vedação aplicável a todos os meios de comunicação social, impressos ou eletrônicos. Distingue-se, portanto, de imposições como a do art. 221 da mesma Carta, que enumera uma série de deveres a serem observados pelas emissoras de rádio e de televisão. Assim, a despeito de o espaço de autonomia conferido pela Constituição aos meios impressos ser mais abrangente que o concedido à mídia eletrônica (outro exemplo disso é o § 6º do art. 220, segundo o qual a publicação de veículo impresso independe de autorização), a proibição de monopólios e oligopólios se levanta em ambos os casos.

Que o art. 220, § 5º, veicula um dever estatal não resta dúvida. Poder-se-ia discutir, porém, se se trata simplesmente de um dever objetivo ou do correlato de um direito subjetivo assegurado pela Constituição. Para responder a essa questão, é necessário investigar a que se presta essa norma e com que propósito foi concebida. O interdito à concentração no mercado midiático não é um fim em si mesmo. Ele foi previsto como um instrumento para alcançar maior pluralismo no setor da comunicação social. Maior pluralismo significa mais vozes na esfera pública, maior oportunidade de participação e de exercício de direitos de comunicação pelos indivíduos, seja no plano ativo do emissor de mensagens, seja no plano passivo do receptor. O estabelecimento de regras anticoncentração pode ser visto, pois, como uma prestação de meio para tornar possível uma prestação de resultado, consistente nos direitos prestacionais aludidos nos itens 2.2.1 (direito de acesso à informação), 2.2.2 (direito ao uso de frequência para atividades de radiodifusão) e 2.2.3 (direito de acesso aos meios de comunicação) deste capítulo.

Se a vedação aos monopólios e oligopólios comunicativos possui esse caráter instrumental, não o tem da mesma forma que o princípio geral da proibição do monopólio, inserto no art. 173, § 4º, da Carta Magna. Este último dispositivo preceitua que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Consoante assinala Faraco (2009, p. 76), a Constituição proíbe a dominação de mercado quando decorrente de abuso do poder econômico, não quando resultante, por exemplo, da própria eficiência do agente. Diferentemente, no caso da comunicação social,

não há que se perquirir sobre a razão que conduziu à formação de monopólios ou oligopólios. A desconformidade com a Lei Maior se perfaz pela simples existência da concentração.

Afigura-se legítimo supor que, dada a sua repercussão no processo de formação da opinião pública e no próprio processo democrático, a existência de monopólios ou oligopólios comunicativos mereceu um juízo de desaprovação do constituinte, ainda que as economias de escala resultantes da concentração possam redundar em ganhos de eficiência econômica. É por isso que uma análise do problema a partir das preocupações típicas do direito concorrencial é insuficiente para bem equacioná-lo. As regras antitruste são necessárias para dar cumprimento ao preceito do art. 220, § 5º, mas não são o bastante, mesmo porque elas se destinam a regular o exercício do poder econômico, ao passo que, no âmbito da comunicação, não é apenas ele que está em jogo, mas também e principalmente o poder político (FARACO, 2009, p. 67).

Não seria conforme com a Carta Magna um raciocínio que defendesse a concentração dos meios de comunicação, mesmo que ele provasse disso resultar maior eficiência econômica e diminuição de preços para o consumidor, caso o processo conduzisse a uma brutal redução da diversidade de vozes na esfera pública. É essa diferença de enfoque que permite pensar no estabelecimento de limites de propriedade cruzada de meios de comunicação. Sob a lógica do Direito Econômico, não faria sentido vedar a propriedade, por uma mesma pessoa, de um veículo impresso e uma emissora de rádio. As duas empresas operam em mercados distintos e seus produtos fornecem utilidades diferentes. Já sob a ótica da concentração de poder político, decorrente da concentração de poder comunicacional, esse fenômeno tem relevância. Sobre o assunto, aduz Faraco (2009, p. 75):

É importante perceber que há uma diferença fundamental entre o controle estrutural feito via direito antitruste e as regras que procuram limitar a concentração no setor de mídia. Essas, caracteristicamente, impõem limites gerais e *a priori*, vedando a possibilidade de certas estruturas de mercado se desenvolverem mesmo que isso decorresse de um processo natural de expansão da empresa (como seria a decisão de um empresário, que já possui uma estação de televisão, de abrir um jornal na mesma localidade – existindo regras que proíbem esse tipo de propriedade cruzada, tal expansão seria vedada). Há, portanto, uma opção por determinada configuração estrutural para o setor, que restringe certas posições de poder como uma regra geral.

A aplicação do direito antitruste ocorre de forma completamente diversa. Normalmente, ela não impõe determinadas estruturas aos mercados, nem cria obstáculos à concentração do poder econômico que decorra da mera expansão natural da empresa. Intervenções sobre estruturas já existentes, visando a reduzir o grau de concentração em dado mercado, são absolutamente excepcionais e aplicadas em virtude da identificação de efetivos abusos dessa posição de poder econômico. O controle da estrutura tende a focar apenas a formação artificial do poder econômico, avaliando se as restrições impostas à concorrência por determinadas operações empresariais se justificam em vista dos benefícios que geram. Ora, esse controle é caracteristicamente feito em

bases casuísticas e apenas em virtude de uma decisão empresarial de concentrar o controle sobre unidades econômicas determinadas. Mas ele não impedirá que um único agente econômico domine determinado mercado por oferecer preços mais baixos, por exemplo, ou expanda sua atividade de forma ilimitada a outros mercados, abrindo novas unidades econômicas e criando um conglomerado.

A despeito da condenação constitucional enfática aos monopólios e oligopólios na comunicação social, as únicas normas existentes sobre a matéria ainda são aquelas editadas na década de 1960, que estabelecem limites apenas horizontais à concentração e se aplicam somente ao setor de radiodifusão:

- 1) em um mesmo local¹⁴⁰: uma entidade, seus proprietários ou diretores não podem ser contemplados com mais de uma outorga do mesmo tipo de serviço de radiodifusão (art. 38, g, da Lei nº 4.117, de 1962, e art. 14, § 1º, do Decreto nº 52.795, de 1963);
- 2) em locais diferentes:
 - a) quanto à radiodifusão de sons: uma mesma entidade, seus proprietários ou diretores só podem operar¹⁴¹ estações dentro dos seguintes quantitativos: até 4 estações locais de ondas médias e 6 de frequência modulada; até 3 estações regionais de ondas médias e 3 de ondas tropicais, com o máximo de 2 por Estado; até 2 estações nacionais de ondas médias e 2 de ondas curtas (art. 12 do Decreto-Lei nº 236, de 1967);
 - b) quanto à televisão: uma mesma entidade, seus proprietários ou diretores só podem operar até 10 estações de televisão em todo o território nacional, sendo no máximo 2 por Estado e 5 em VHF (art. 12 do Decreto-Lei nº 236, de 1967).

Como se pode verificar, a legislação não estabelece qualquer restrição à propriedade cruzada de emissoras de rádio, televisão e editoras de jornais ou revistas. Desse modo, nada impede que um mesmo indivíduo ou grupo seja proprietário da principal emissora de rádio, da

¹⁴⁰ Nos termos do art. 7º do Decreto nº 52.026, de 1963: estação radiodifusora local é a que se destina a servir a uma única localidade, entendida esta como cidade, vila ou povoado); estação radiodifusora regional é a que se destina a servir a mais de uma localidade, sem canal exclusivo do país; estação radiodifusora nacional é a que se destina a servir a mais de uma região, com canal exclusivo do país.

¹⁴¹ Para fins dessa limitação, a operação envolve a direção ou a participação no quadro societário das outras empresas, conforme os §§ 3º e 5º do Decreto nº 52.795, de 1963. Os mesmos dispositivos se aplicam ao caso da prestação de serviços em um mesmo local, referida no item 1. Assim, uma mesma pessoa não pode ser diretor ou sócio de duas empresas que prestem o mesmo tipo de serviço de radiodifusão na mesma localidade. Tampouco pode ser diretor ou sócio de cinco empresas que operem estações locais de rádio em ondas médias em localidades distintas, ou de três empresas que operem estações de televisão em localidades diferentes de um mesmo Estado.

emissora de televisão de maior audiência e do jornal de maior circulação de uma localidade. Na verdade, isso que ocorre com frequência no Brasil (LIMA, 2001, p. 103). Ademais, o art. 12, § 2º, do Decreto-Lei nº 236, de 1967, excluiu dos limites acima descritos as estações repetidoras e retransmissoras de televisão, pertencentes às estações geradoras.

A situação não é melhor no plano vertical. A forma de organização das cadeias nacionais de televisão no Brasil se caracteriza pelo grande poder da emissora principal (cabeça-de-rede) na determinação do conteúdo que será transmitido na rede como um todo. Em geral, os contratos de afiliação que celebram impõem vedações a que as afiliadas transmitam conteúdo produzido por terceiras emissoras. E a legislação é omissa quanto ao estabelecimento de limitações ao poder da emissora principal, muito embora a própria Constituição tenha sinalizado para a necessidade de fortalecer a produção de conteúdo regional, ao dispor, em seu art. 221, III, que as emissoras deveriam observar o princípio da regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei. A produção independente de conteúdo televisivo ou radiofônico também é pouco expressiva, não havendo, de qualquer modo, legislação que imponha deveres às emissoras nesse campo, conquanto, também nesse caso, a Constituição tenha, em seu art. 221, II, determinado que a produção independente deveria ser estimulada.

Mesmo no caso das restrições horizontais estabelecidas, as regras costumam, como já referido, ser contornadas mediante a atribuição da propriedade a membros de uma mesma família, o que torna os limites praticamente inócuos.

Os critérios utilizados pela legislação também se revelam inadequados. Conforme adverte Faraco (2009, p. 170), se o objetivo desses limites é impedir o fenômeno do poder dominante sobre a opinião pública, a simples limitação do número de emissoras que podem pertencer a uma pessoa ou grupo não assegura seja ele alcançado. Alguém que detenha a concessão de emissora operante na cidade de São Paulo pode ter influência sobre um público muito maior do que o de 10 emissoras de propriedade de outra pessoa, que operem em cidades de pequeno porte. Nos EUA, mesmo após o processo de intensa desregulamentação da mídia, houve a preocupação de fixar limites que levassem em conta a audiência potencial do prestador dos serviços, fixando-se um teto de 39% da população nacional, para a abrangência geográfica das licenças de televisão aberta.

Na Alemanha, optou-se pelo critério da audiência efetiva como limitador das concessões outorgadas a um mesmo operador (independentemente do número de licenças). O

Rundfunkstaatsvertrag, convênio celebrado entre os estados-membros para regular o setor televisivo, além de impor às emissoras privadas obrigações de cobertura que assegurem aos principais grupos políticos, ideológicos e sociais uma adequada oportunidade de manifestação, bem assim que levem em conta as minorias (art. 25), veda que uma única emissora exerça influência desmedida sobre a opinião pública, influência essa medida segundo a audiência real nacional da emissora (art. 26).¹⁴²

O critério da audiência real se revela mais adequado que o previsto na legislação brasileira, uma vez que a simples quantidade de empresas de comunicação nas mãos de uma mesma pessoa não necessariamente é indicativa de seu poder de influência da opinião. A aferição da existência de poder dominante sobre a opinião na Alemanha se aplica à televisão e é feita levando-se em conta todos os serviços de radiodifusão prestados por empresas nas quais um mesmo agente: (i) tenha participação igual ou superior a 25% do capital social; (ii) tenha interesses indiretos em situação que caracterize a afiliação; ou (iii) exerça, de algum outro modo, influência comparável à das hipóteses anteriores, como nos casos em que forneça parte considerável do conteúdo transmitido pela empresa considerada ou tenha posição contratual ou estatutária que lhe confira poder para tomar decisões fundamentais do prestador do serviço quanto à aquisição, formato e transmissão de programas (art. 28). Tal poder se caracteriza quando a audiência somada das emissoras abrangidas por esses critérios é igual ou superior a 30% da audiência nacional anual. O limite é reduzido para 25% quando o agente detém posição dominante em outros mercados relevantes de mídia ou quando sua participação nesses mercados é de tal ordem que, somada à sua audiência na televisão, resulta em um poder equiparável ao que teria alguém que detivesse 30% da audiência televisiva (art. 26, § 2º).¹⁴³

Como se vê, as disposições do convênio são suficientemente amplas para englobar situações que a legislação brasileira deixa a descoberto. Com efeito, a literalidade dos preceitos do Decreto nº 52.795, de 1963, “ignora tudo quanto a doutrina do direito societário e econômico já observou sobre as diversas maneiras sob as quais se organiza o poder de controle de atividades

¹⁴² Em 2007, existiam na Alemanha 37 canais de abrangência nacional na televisão aberta, 8 deles de interesse geral e o restante organizado para públicos específicos. O mercado televisivo é dominado pelos grupos ARD, ZDF, RTL Group e ProSiebenSat.1 Media AG, os dois primeiros públicos. A audiência das 4 redes corresponde a cerca de 90% do total. Em junho de 2009, as duas redes públicas somavam 42,6%, o RTL Group 24,8% e o ProSiebenSat.1 Media AG 22,2%. Informações disponíveis em <<http://www.kek-online.de/Inhalte/summary2007.pdf>> e em <http://www.kek-online.de/Inhalte/jahresbericht_08-09.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

¹⁴³ O convênio não define os critérios de equiparação, o que proporciona uma discutível margem de discricionariedade das autoridades reguladoras.

empresariais” (FARACO, 2009, p. 171).

Ainda de acordo com o convênio, quando verificado que algum agente detém poder dominante sobre a opinião, além de lhe ser vedada qualquer operação que possa resultar em incremento de sua participação no mercado de televisão, ele deve, após negociação com a Comissão Avaliadora da Concentração na Mídia (*Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich - KEK*)¹⁴⁴, adotar uma das seguintes medidas: (i) alienação de direitos de operação dos serviços de radiodifusão; (ii) alienação de participações em negócios referentes a outros tipos de mídia; (iii) concessão de tempos de transmissão para operadores independentes; (iv) instalação de conselho consultivo de programação.¹⁴⁵ Não havendo acordo, as autoridades administrativas estaduais revogarão as licenças de transmissão do agente, na medida necessária à redução da audiência ao nível exigido, sem direito a qualquer compensação para o concessionário (art. 26, § 4º).

Na visão da KEK, a regra geral anticoncentração prevista no art. 26, § 1º, do convênio exclui interpretações no sentido de que o poder dominante sobre a opinião somente se caracterizaria quando atingidos os limites percentuais de 30% ou 25% de audiência (KEK, 2007, p. 1). Em 2006, o órgão rejeitou a compra do grupo ProSiebenSat.1 Media AG pela Axel Springer AG, por entender que ela conferiria à adquirente um poder no mercado incompatível com as disposições do *Rundfunkstaatsvertrag*. A audiência televisiva resultante seria pouco maior que 22%. Entretanto, a KEK levou em conta, em sua decisão, a considerável participação da Axel Springer AG no mercado de mídia impressa.¹⁴⁶ A Comissão considera positivo o caráter

¹⁴⁴ O KEK é uma agência reguladora independente, criada pelo *Rundfunkstaatsvertrag* e constituída por 12 membros, 6 deles eleitos pelas autoridades estaduais de radiodifusão e os outros 6 indicados, dentre *experts* em radiodifusão Direito Econômico, pelos Primeiros Ministros dos estados-membros. As decisões da agência sobre a radiodifusão privada são vinculantes para os órgãos estaduais.

¹⁴⁵ Os integrantes de tal conselho são indicados pelo próprio prestador dos serviços de radiodifusão, mas devem ser membros de diferentes grupos sociais, de modo a assegurar que as principais visões e tendências estejam nele representadas. O órgão deve ser consultado sobre assuntos relativos ao conteúdo, estrutura e horários dos programas transmitidos. A empresa somente pode deixar de aplicar as recomendações do Conselho pelo voto de 75% de seu Conselho de Administração ou de sua assembleia de acionistas. No caso de sociedade unipessoal, as recomendações do Conselho devem ser acatadas, exceto no caso de sua rejeição pelo voto de 75% dos membros do órgão colegiado estadual regulador da radiodifusão (art. 32 do *Rundfunkstaatsvertrag*).

¹⁴⁶ Na Alemanha, a concentração resultante da propriedade cruzada de jornais e emissoras de televisão não constitui fenômeno comum (KEK, 2007, p. 7-8). Como reconhecido pelo TCF, a Lei Fundamental não veda a propriedade conjunta de jornais e emissoras de radiodifusão. Entretanto, tendo em vista que a propriedade cruzada potencializa os riscos de formação de um poder dominante sobre a opinião, o Tribunal entende ser constitucionalmente exigível uma legislação que combata a concentração multimídia, tanto na esfera nacional, quanto na regional e na local, na exata extensão em que a emergência de um poder multimídia ameace prejudicar a pluralidade de opinião (4. *Rundfunkentscheidung*, BVerfGE 73, 118).

genérico do art. 26, § 1º, do convênio¹⁴⁷, por permitir maior liberdade ao ente regulador para se adaptar aos novos problemas, sobretudo no tocante às inovações técnicas e plataformas de mídia (KEK, 2007, p. 26). Deve-se ponderar, contudo, que a ausência de critérios objetivos para a definição das hipóteses caracterizadoras do poder dominante sobre a opinião confere ao órgão regulador uma discricionariedade dificilmente conciliável com o regime protetivo dos direitos fundamentais. A solução de problemas relacionados à concentração de propriedade no setor envolve a análise não apenas de direitos positivos de informação do público, mas também de direitos negativos dos comunicadores. Trata-se de um caso típico de colisão de direitos, sendo importante o estabelecimento, pelo legislador, de critérios claros e objetivos que orientem o órgão regulador nesse campo.

Além da hipótese de poder dominante sobre a opinião, um prestador de serviços de radiodifusão na Alemanha deve conceder tempos de transmissão para programador independente sempre que: (i) alguma de suas emissoras atingir 10% da audiência nacional anual; (ii) a soma da audiência de todas as suas emissoras atingir 20% da audiência nacional anual (art. 26, § 5º). O descumprimento desse dever conduz, igualmente, à revogação das licenças.

Outra regra do convênio com o objetivo de assegurar o pluralismo é a que prevê a obrigação de as duas emissoras nacionais com maior audiência cederem uma janela de programação regional com conteúdo produzido por terceiros que gozem de autonomia editorial em relação à emissora e não mantenham com elas relações de afiliação ou dependência ou integração comercial, cabendo à legislação estadual regular o financiamento, pelas emissoras, das atividades dos programadores regionais (art. 25, § 4º).

Para fins de determinação do teto de 30% de audiência, caracterizador do poder dominante sobre a opinião, 2 pontos percentuais são descontados da audiência efetiva, quando o agente é proprietário de uma das emissoras nacionais obrigadas a oferecer a janela de programação regional, e 3 outros pontos percentuais adicionais são descontados quando o agente concede tempo de transmissão a programadores independentes, na forma do art. 26, § 5º. Assim, um prestador de serviços de radiodifusão pode deter pouco menos de 35% da audiência nacional, sem que isso caracterize o exercício de poder dominante sobre a opinião, caso observe as regras

¹⁴⁷ Esse dispositivo do convênio estabelece ser ilimitado o número de licenças de serviços nacionais de televisão que uma pessoa natural ou jurídica pode deter, exceto se disso resultar a aquisição de um poder dominante sobre a opinião, nos termos dos dispositivos seguintes.

de cessão de tempo de programação.¹⁴⁸

A frouxidão das regras relativas à propriedade dos meios de comunicação no Brasil possibilitou que a mídia se tornasse muito concentrada em período bem anterior à tendência atual verificada no restante do mundo. No âmbito da radiodifusão, Lima (CONGRESSO NACIONAL, 2004, p. 92) aponta três fatores que contribuíram para isso: (i) a interpretação formalista das normas do Decreto-Lei nº 236, de 1967, dando ensejo a que um mesmo grupo tenha participações em mais de 5 emissoras nacionais de televisão VHF e mais de 2 emissoras regionais; (ii) um curto prazo de carência para a alienação de empresas concessionárias de radiodifusão (5 anos, nos termos do art. 91 do Decreto nº 52.795, de 1963), bem como a ocorrência de “contratos de gaveta” com essa finalidade; (iii) a inexistência de restrições legais à afiliação de emissoras.

Como já referido, diferentemente do que se deu no Brasil, os EUA adotaram, desde cedo, minuciosa regulação da radiodifusão, com o objetivo de incentivar a pluralidade de operadores, a diversidade de conteúdo e o localismo na mídia eletrônica. Mesmo sob a vigência de um marco legal ostensivamente favorável à desregulamentação (*Telecommunications Act* de 1996) no setor, as atuais normas norte-americanas são, em muitos aspectos, mais adequadas que a legislação brasileira para atingir as finalidades aludidas. A esse respeito, basta citar as vedações à propriedade cruzada, ainda existentes nos EUA (apesar da notável flexibilização recente), e que nunca foram adotadas no Brasil. A mesma omissão se verificou relativamente a restrições à concentração vertical na mídia brasileira. Já nos EUA, malgrado a revogação de normas como a *Prime Time Access Rule* e as *Financial Interest and Syndication Rules*, ainda se encontram em vigor diversas limitações ao poder das redes sobre as emissoras afiliadas.¹⁴⁹

Predomina na doutrina brasileira a visão de que os limites estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 236, de 1967, são insuficientes para evitar monopólios e oligopólios na radiodifusão.¹⁵⁰ Em 2008, a participação percentual das redes brasileiras de televisão aberta na audiência nacional era a seguinte: Globo – 44,3%, Record – 16,7%, SBT – 14,3%, Bandeirantes – 4,8%, Rede TV –

¹⁴⁸ A forma de escolha do programador e demais regras relativas à duração e horários de exibição da programação independente encontram-se descritas na Seção 2.2.3 deste Capítulo.

¹⁴⁹ Entre essas limitações estão as de que os contratos de afiliação prevejam: a transmissão, pelas afiliadas, exclusivamente de conteúdo próprio ou produzido pela rede e o controle, pela rede, dos horários de exibição da programação das afiliadas. O exame detalhado das normas anticoncentração da mídia nos EUA foi feito na Seção 2 do Capítulo IV deste trabalho.

¹⁵⁰ Nesse sentido: Lopes (1997, p. 310), Almeida (2001, p. 120), Faraco (2009, p. 171).

2,4%, outras – 17,5%. Em 2005, era um pouco diverso: Globo – 51,9%, SBT – 19,4%, Record – 9%, Bandeirantes – 4,3%, Rede TV – 2,3%, outras – 13,1%. Especificamente no horário nobre (18 às 24h), a participação da Rede Globo na audiência era, em 2008, de 48,57%. Apesar de a audiência nacional da Rede Globo estar em declínio nos últimos anos, os números ainda são preocupantes: sua audiência média é superior ao dobro da segunda colocada e, no horário nobre, quase metade dos aparelhos de TV ligados sintonizam a sua programação.

Segundo pesquisa do Instituto Vox Populi, realizada em 2009, a televisão é considerada a principal fonte de informações por 55,9% da população, seguida dos *sites* e *blogs* jornalísticos (20,4%), jornais impressos (10,5%), rádio (7,8%), redes sociais (2,7%), jornais impressos (1,8%) e revistas impressas (0,8%).¹⁵¹ No tocante à participação econômica dos diversos setores, de acordo com a publicação *Mídia Dados 2009*, do Grupo de Mídia São Paulo, a receita dos meios de comunicação com publicidade no Brasil em 2008 era dividida da seguinte forma: 58,8% na televisão, 15,9% nos jornais, 8,5% em revistas, 4,2% no rádio e 12,3% em outros (*out-of-home*, TV por assinatura, guias e listas, Internet, cinema).¹⁵²

A participação da TV por assinatura no mercado da comunicação ainda é pequena, quando comparada com a televisão aberta. Segundo a publicação *Mídia Fatos 2009*, da Associação Brasileira de TV por Assinatura (ABTA), 21 milhões de pessoas têm hoje, no Brasil, acesso à TV por assinatura, sendo 78% delas pertencentes às classes A e B.¹⁵³ Mesmo nesse setor, a concentração econômica é bastante elevada. Em 2009, as operadoras NET e SKY detinham, respectivamente, 51,3% e 31% de participação no mercado de TV por assinatura no Brasil. A NET é controlada pelas Organizações Globo, que também detêm participação na SKY. Assim, um mesmo grupo é acionista de operadores que dominam 82,3% do mercado.¹⁵⁴

As tentativas de alterar esse quadro de concentração têm recebido feroz oposição das principais empresas de comunicação, que exercem um poderoso efeito inibidor de mudanças legislativas. Quando das discussões em torno do novo modelo de telecomunicações, em 1995, o

¹⁵¹ Cf. <http://www.mmonline.com.br/noticias.mm?url=Vox_Populi_Midia_brasileira_tem_alta_credibilidade>. Acesso em: 28 fev. 2010. A pesquisa foi realizada no Distrito Federal e nas 8 maiores regiões metropolitanas do país. De acordo com Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2008, 95,1% dos domicílios brasileiros possuem aparelho receptor de televisão, 88,9% possuem rádio e 23,8% possuem acesso à Internet. Cf. <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2008/comentarios2008.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

¹⁵² Cf. <<http://midiadados.digitalpages.com.br/home.aspx>>. Acesso em: 28 fev. 2010. Segundo Bolaño (2005, p. 45), um terço de todos os recursos para publicidade no país são destinados à Rede Globo.

¹⁵³ Cf. <http://www.midiafatos.com.br/PDF_htm/manual.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

¹⁵⁴ Cf. <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u626579.shtml>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

intenso *lobby* da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) obteve êxito em excluir a radiodifusão da nova regulação prevista pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995, para o setor. Com isso criou-se uma situação inusitada e destituída de justificação lógica: o setor da TV por assinatura passou a submeter-se à regulação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), ao passo que a radiodifusão continuou a ser regida pela legislação da década de 1960 e a sujeitar-se à regulação do Ministério das Comunicações. Em pelo menos quatro oportunidades, durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso, houve tentativas de criar uma nova lei para disciplinar o rádio e a televisão, todas abortadas em sua fase inicial, para o que muito contribuiu o poder de pressão das Organizações Globo (RAMOS, 2005, p. 70).

Qualquer mudança legislativa esbarra na influência que os meios de comunicação exercem sobre o próprio processo político. Hoje, mais do que nunca, o êxito eleitoral de um candidato a cargo eletivo depende do seu grau de exposição na mídia e da forma como ele se dá. A antipatia das principais empresas de comunicação por um determinado político pode comprometer a sua carreira. É previsível, portanto, que elas se valham desse poder para interferir no processo decisório sobre questões que afetam seus interesses.¹⁵⁵ Foi exatamente isso que ocorreu durante a constituinte de 1987. A disciplina da outorga dos serviços de radiodifusão representa um dos exemplos mais emblemáticos da força das grandes empresas de comunicação.

De acordo com o art. 223 da Constituição, compete ao Poder Executivo realizar a outorga de tais serviços, submetendo o ato à apreciação do Congresso Nacional. Diferentemente do que ocorre nos outros casos de concessão de serviço público, o § 4º do mesmo artigo dispõe que o “cancelamento” da concessão antes de vencido seu prazo de vigência, somente ocorrerá por meio de decisão judicial. Ademais, seu § 2º estabelece que a não-renovação de concessão ou permissão

¹⁵⁵ São copiosos os casos que denotam o temor da classe política e mesmo da burocracia estatal pelas maiores empresas de comunicação. Em depoimento ao jornalista Pedro Bial, o ex-Presidente José Sarney relatou conversa havida entre o então presidente eleito Tancredo Neves e o deputado Ulysses Guimarães, no qual o primeiro, a propósito da indicação de Antônio Carlos Magalhães para o cargo de Ministro das Comunicações, teria dito: “Olha, Ulysses, eu brigo com o papa, eu brigo com a Igreja Católica, eu brigo com o PMDB, com todo mundo, eu só não brigo com o Doutor Roberto”, referindo-se a Roberto Marinho, proprietário da Rede Globo (SANTOS; CAPPARELLI, 2005, p. 88). Outro caso é o relatado pelo jornalista Alberto Dines, em reunião do Conselho de Comunicação Social ocorrida em 16.02.2004: “por que o Cade não examinou até hoje nenhum caso de propriedade cruzada ou de concentração da mídia? Simplesmente porque o Cade não foi acionado e porque tem medo. Já me foi dito, em um programa Observatório da Imprensa, quando examinamos a combinação entre a Folha de S. Paulo e o Estado de São Paulo para criar uma distribuidora e eliminar todos os outros processos de distribuição em São Paulo – posso trazer o vídeo aqui –, no qual havia um representante do Cade, que disse: ‘Não. Temos de tomar cuidado porque, às vezes, há interesses contrariados.’ Evidentemente, o Cade não quer se colocar debaixo do arsenal da mídia. Então, eles têm muito cuidado. Assim me foi confessado, não a mim, mas ao público do Observatório da Imprensa.” (CONGRESSO NACIONAL, 2004, p. 143-4).

depende da aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. Além de excluir tais casos de renovação da outorga da regra de licitação válida para as concessões em geral, o dispositivo praticamente congelou um sistema no qual a concentração econômica já era elevada, ao exigir um *quorum* bastante elevado para que a renovação não ocorra, mais alto do que o suficiente para aprovar leis ordinárias (LOPES, 1997, p. 301). O argumento invocado para justificar tal previsão foi o de reduzir a possibilidade de retaliações do poder político sobre as emissoras. No entanto, à luz dos princípios da igualdade e do pluralismo, é difícil justificar um regime de concessão perpétua de direitos de uso exclusivo de um bem público escasso.¹⁵⁶

O modelo brasileiro não encontra paralelo em outros países. Como regra, compete a um órgão do Poder Executivo ou a uma agência independente outorgar os serviços de radiodifusão. Esse mesmo órgão dispõe de poderes de fiscalização das empresas que prestam os serviços, inclusive o de cassar as licenças de exploração. Assim se dá nos EUA, com a *Federal Communications Commission*, na França, com o *Conseil Supérieur de L'Audiovisuel*, em Portugal, com a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, na Alemanha, com os órgãos reguladores estaduais, na Itália, com o *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*.

As distorções que o fenômeno da concentração do poder midiático promove no espaço público de discussão são inegáveis, sobretudo em relação a questões sobre as quais há consenso entre as grandes empresas de mídia. Nesses casos, somente um ponto de vista alcança projeção, o contraditório é simplesmente suprimido.¹⁵⁷ A situação é ainda mais preocupante quando poder

¹⁵⁶ Na doutrina, Faraco (2009, p. 195) sustenta que a regra do § 2º do art. 223 da Constituição deve ser interpretada restritivamente, no sentido de que a exigência de manifestação de um *quorum* qualificado para a não-renovação da concessão só se aplica aos casos de atendimento, pelo concessionário, dos requisitos legais para prestar o serviço. Quando verificada a inobservância desses requisitos (como na hipótese de o proprietário da concessionária perder a nacionalidade brasileira) o próprio procedimento de votação no Congresso seria dispensável.

¹⁵⁷ Em um cenário no qual uma única empresa detém poder de feições quase que monopolistas, a distorção se verifica exista ou não consenso. Em dossiê sobre violações do direito à comunicação, a organização não-governamental Intervenções – Coletivo Brasil de Comunicação Social (2008, p. 9), observou: “Tanto na intervenção da Rede Globo na discussão sobre o padrão tecnológico para a TV digital a ser adotado no Brasil, quanto na campanha contra a edição de portaria que instituiu a Classificação Indicativa para a programação televisiva, houve o desvio de espaço de programação para a promoção exclusiva das versões ou propostas defendidas pela empresa nos processos de negociação em andamento com o Executivo Federal. Para além de obstruir o pleno desenvolvimento do debate público acerca dos dois temas, o que em si já constitui ação contrária à promoção e o respeito aos interesses da coletividade, em ambos os casos a atividade fim da concessão pública de televisão foi deliberadamente utilizada para defender interesses da empresa concessionária em debates acerca de regulações da sua própria atividade, a radiodifusão. Se, de um lado, o fato de ambos os casos envolverem disputas simbólicas cujos ganhos tangíveis obtidos pela empresa seriam de difícil aferição, de outro, é inegável que a interferência direta sobre a definição de políticas públicas que definem marcos para a atividade da própria concessionária resulta em óbvio benefício à

mediático e poder político se confundem.¹⁵⁸ Como observou o Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do ADPF nº 130 (DJ de 06.11.2009):

[N]ão basta ter uma imprensa inteiramente livre. Em primeiro lugar, é preciso que ela seja suficientemente diversa e plural, de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de ideias e pensamentos aos mais diversos segmentos da sociedade; em segundo lugar, é preciso que essa salutar e necessária diversidade da imprensa seja plena a ponto de impedir que haja concentração. Situações como as existentes em algumas unidades da nossa Federação, em que grupos hegemônicos dominam quase inteiramente a paisagem audiovisual e o mercado público de ideias e informações, com fins políticos, não é nada positivo para a formação da vontade pública e para a consolidação dos princípios democráticos. Noutras palavras, a concentração da mídia é algo extremamente nocivo para a democracia.

Imagine-se, por exemplo, a situação de total impotência e desamparo a que pode ser relegado um grupo social marginalizado e insularizado de uma determinada sociedade, quando confrontado com a perseguição sistemática ou a vontade deliberada de silenciá-lo, de estigmatizá-lo, de espezinhá-lo, por parte de um grupo hegemônico de comunicação ou de alguns de seus porta-vozes.

Na Itália, o problema da concentração dos meios de comunicação é particularmente grave e se assemelha, em alguns aspectos, ao caso brasileiro, em especial na ausência de uma legislação infraconstitucional que assegure a contento o pluralismo e nas íntimas relações entre poder político e poder midiático. A ação do legislador tem, historicamente, dependido em grande medida de exigências feitas pela Corte Constitucional, no sentido de corrigir as distorções existentes. No mais das vezes, contudo, as normas editadas sobre o assunto vêm apenas consolidar uma situação de duopólio no setor televisivo. Para a manutenção desse quadro, tem sido decisiva a ação política do empresário mais rico do país, Silvio Berlusconi, dono do grupo Mediaset, o maior conglomerado privado de comunicações da Itália. Após a crise do sistema partidário italiano, Berlusconi fundou o partido *Forza Italia*, que, com poucos meses de existência, conquistou maioria parlamentar, conduzindo-o ao cargo de Primeiro Ministro, em 1994, no qual permaneceu por menos de um ano. Em 2001, Berlusconi voltou a ocupar a Chefia de Governo, nela permanecendo por 5 anos e a ela retornando em 2008.

Na história italiana do pós-guerra, o regime da comunicação social caracterizou-se inicialmente pela reserva estatal dos serviços de radiodifusão televisiva (ao rádio não se impôs o monopólio), sob o argumento de que a atividade, se submetida a um regime de livre iniciativa,

atividade comercial da empresa.”

¹⁵⁸ De acordo com pesquisa empreendida por Santos (SANTOS; CAPPARELLI, 2005, p. 92), 39,6% das geradoras afiliadas à Rede Globo de televisão são de propriedade de políticos ou parentes seus. Esse percentual é ainda maior no caso das estações retransmissoras, chegando a 49,5%. Levando-se em conta todas as emissoras de TV, 33,6% delas são de propriedade de políticos ou parentes seus.

seria desempenhada por oligopólios de fato, tendo em vista a limitação do espectro eletromagnético. Diante desse quadro, seria aplicável o art. 43 da Constituição Italiana, que autoriza o Estado a assumir a prestação de serviços de interesse geral com tais características. Conforme decidiu a Corte Constitucional na Sentença nº 59/1960 (GU de 16.07.1960), o Estado estaria em melhores condições para assegurar a todos a liberdade de expressão em um regime público de prestação dos serviços.

Esse tipo de solução, não estava, contudo, isenta de problemas. O maior deles era, sem dúvida, a instrumentalização da televisão em favor do governo, o que, de fato, ocorreu, levando a Corte Constitucional a instar o legislador, na Sentença nº 225/1974 (GU de 17.07.1974), a editar normas que conferissem maior independência da emissora estatal (*Radiotelevisione Italiana* – RAI) em relação ao partido governista, bem como assegurassem a possibilidade de expressão de outros grupos políticos e ideológicos. Em resposta, foi aprovada a Lei nº 103, de 1975, que, em seu art. 6º, determinou a distribuição de 5% do tempo de programação da televisiva e 3% da programação radiofônica da RAI aos partidos políticos representados no Parlamento, às organizações associativas das autonomias locais, aos sindicatos nacionais, às confissões religiosas, aos movimentos políticos, às associações políticas e culturais, às associações nacionais do movimento cooperativo, aos grupos étnicos e linguísticos e outros grupos de relevante interesse social. A repartição do tempo entre os interessados constituía tarefa de uma comissão parlamentar. A partir da mudança legislativa, desenvolveu-se um sistema de distribuição da influência dos partidos políticos sobre a administração e a programação da RAI conhecido como *Lottizzazione*, mediante o qual a gestão dos canais televisivos da emissora foi entregue a representantes das agremiações partidárias mais expressivas. Por imperfeito que fosse, esse sistema logrou assegurar um mínimo de pluralismo na televisão italiana (PADOVANI, 2009, p. 293).

Os primeiros passos para a flexibilização da reserva estatal se deram a partir da Sentença nº 202/1976 (GU de 04.08.1976), na qual a Corte declarou a inconstitucionalidade do monopólio público dos serviços locais de radiodifusão. Quanto aos serviços nacionais, o Tribunal entendeu justificável a manutenção do monopólio estatal, posição reafirmada na Sentença nº 148/1981 (GU de 29.07.1981), mais uma vez com o argumento de impedir o surgimento de monopólios privados nesse setor, cuja influência sobre a formação da opinião pública seria incompatível com o regime democrático. Na decisão, a Corte sublinhou que ainda era presente o risco de concentração

oligopolística na radiodifusão, tendo em vista não apenas a limitação do espectro eletromagnético, mas também os elevados custos de implantação dos serviços.

Como tentativa de contornar o interdito à prestação privada de serviços televisivos nacionais, Silvio Berlusconi, proprietário do grupo Mediaset, que operava diversas emissoras locais, passou a transmitir, no início da década de 1980, uma mesma programação nas suas estações, valendo-se de conteúdos gravados e distribuídos nas localidades onde operavam, coordenando a exibição simultânea do conteúdo. Tendo o Poder Judiciário entendido que tal estratégia contrariava a jurisprudência da Corte Constitucional, foi aprovada a Lei nº 10, de 1985, feita sob encomenda, que regularizava a situação da Mediaset, permitindo aquela espécie de procedimento, o que, na prática, representou o começo do fim do monopólio estatal nacional. Em 1986, 85% da audiência e 90% da receita no setor de televisão na Itália estavam nas mãos da RAI e da Mediaset (PADOVANI, 2009, p. 295), sendo marginal a participação de outras emissoras locais.

Diante da consolidação de um duopólio televisivo, a Corte Constitucional, na Sentença nº 826/1988 (GU de 20.07.1988), mais uma vez instou o legislador a adotar providências para garantir o pluralismo nas comunicações. Na ocasião, discutiu-se a constitucionalidade da Lei nº 10, de 1985, havendo o Tribunal entendido que, pelos próprios termos nos quais foi formulada, a norma revestia-se de caráter provisório, reclamando a edição de lei orgânica definitiva sobre o tema. Não excluiu, porém, a possibilidade de vir a declarar inconstitucional a lei no futuro, caso o Parlamento permanecesse inerte por mais tempo. Ressaltou, ainda, que a nova legislação deveria conter regras que impedissem, de modo efetivo, a formação de monopólios e oligopólios comunicativos no setor privado, devendo levar em conta não apenas a atuação das empresas no setor televisivo, mas também suas participações em outros setores, inclusive o publicitário. Tais exigências se faziam necessárias, como atentou o Tribunal, para proteger o pluralismo informativo:

[O] pluralismo da informação radiotelevisiva significa, antes de tudo, a possibilidade de ingresso, no âmbito da transmissão pública e da privada, de tantas vozes quantas seja tecnicamente possível, com a concreta possibilidade, no setor privado – para que o pluralismo externo seja efetivo e não meramente fictício –, de que os sujeitos portadores de opiniões diversas possam exprimir-se sem o perigo de serem marginalizados em virtude do processo de concentração dos recursos técnicos e econômicos nas mãos de um ou de poucos, e sem serem prejudicados em sua autonomia.

Sob outro aspecto, o pluralismo se manifesta na concreta possibilidade de escolha, por todos os cidadãos, de uma multiplicidade de fontes informativas, escolha que não seria efetiva se o público ao qual se dirigem os meios de comunicação audiovisual não pudesse dispor, tanto no quadro do setor público como no do privado, de programas que garantissem a expressão de

tendências com caracteres heterogêneos.

Diante da nova decisão da Corte Constitucional, o Parlamento aprovou a Lei nº 223, de 1990 (Lei Mammi), que, a despeito de alegadamente pretender fomentar a competição no setor de comunicação, não fez muito mais do que consolidar o duopólio RAI/Mediaset na televisão. Estabeleceu, em seu art. 15, que um mesmo operador não poderia deter o controle de empresas de comunicação cuja receita fosse superior a 20% da receita total dos meios de comunicação de massa em geral, nela incluída a de assinatura e venda de produtos e espaço publicitário, bem como a relativa à taxa de licenciamento destinada à radiodifusão pública. Especificamente no tocante ao rádio e à televisão, vedou o controle, por um mesmo operador, de concessões de âmbito nacional que excedessem 25% do total de canais disponíveis, limitados, em qualquer caso, ao máximo de três. O número de canais nacionais concedidos à Mediaset e à RAI, na época, era exatamente 3, e o total de canais disponíveis era 12. Em seu art. 15, a Lei previu vedações à propriedade cruzada de jornais e emissoras nacionais de radiodifusão.¹⁵⁹

Evidentemente, a Lei nº 223, de 1990, não satisfaz as exigências aludidas pela Corte Constitucional. Além de os limites fixados para o setor de radiodifusão apenas cristalizarem uma situação de duopólio já existente, a restrição baseada na receita tinha pouco efeito prático, pela sua abrangência multimídia. O que configurava uma concentração de receitas em dois grupos televisivos diminuía em termos proporcionais, quando levada em conta a receita de todos os mercados de mídia. Ao examinar a Lei nº 223, de 1990, a Corte Constitucional, na Sentença 420/1994 (GU de 14.12.1994), declarou a inconstitucionalidade de seu art. 15, § 4º, que previa o limite de canais nacionais atribuídos a um mesmo operador, por entender que, em lugar de atuar no sentido de reduzir a concentração no setor, o dispositivo a consolidava, em ofensa aos ditames constitucionais. Na visão do Tribunal, o limite se revelava incoerente e irracional, máxime porque a legislação antitruste estabelecia restrições mais severas no caso da mídia impressa (a Lei nº 67, de 1985, considerava existente uma situação de dominação do mercado quando uma mesma empresa fosse proprietária de jornais diários cuja circulação representasse mais de 20% do total nacional). Ademais, a Corte rejeitou a idoneidade da regra antitruste baseada na receita do operador, por levar em conta a receita do agente em todos os setores de mídia. No julgamento,

¹⁵⁹ Editores de jornais que atingissem mais de 16% do total da circulação diária nacional foram proibidos de receber concessões de radiodifusão, permitindo-se que fossem proprietários de uma emissora, quando a circulação estivesse entre 8% e 16%. Para percentuais inferiores a 8%, admitiu-se a propriedade de até duas emissoras nacionais.

restou assentado que:

[O] princípio do pluralismo de vozes deve ser específica e setorialmente garantido no campo da radiodifusão televisiva também em razão da já recordada difusão e pervasividade da mensagem televisiva. [...]

Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 15, § 4º, o valor do pluralismo, expresso no art. 21 da Constituição, se especifica já, como regra de aplicação imediata, na vedação (comparada com a estrutura atual do setor televisivo) da titularidade de 3 concessões de redes nacionais de um total de 9 destinadas ao operadores privados (ou 12 no total) ou da propriedade de 25% do total de redes previstas [...].

Com o objetivo de dar cumprimento à decisão da Corte Constitucional, a Lei nº 249, de 1997 (Lei Maccanico), tornou um pouco mais rígidos os limites anteriormente traçados, ao adotar um teto específico de 30% do total de receitas do setor televisivo para emissoras nacionais de um mesmo operador e reduzir para 20% do total de canais disponíveis o número máximo que poderia ser concedido a uma mesma pessoa. Entretanto, não fixou prazo para a adaptação das empresas aos novos limites, atribuindo essa tarefa à então criada Autoridade para as Garantias nas Comunicações (*Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*), órgão independente incumbido de regular o setor. Em face dessa omissão, uma associação de consumidores ingressou no Poder Judiciário questionando a validade da lei nesse ponto. Em decisão de 2001, o órgão regulador estabeleceu que os novos limites seriam exigíveis a partir de 31.12.2003. A questão veio a ser apreciada pela Corte Constitucional, que, na Sentença nº 466/2002 (GU de 27.11.2002), declarou inconstitucional o dispositivo da Lei nº 249, de 1997, que delegava ao órgão regulador a competência para fixar o prazo para atendimento das exigências nela previstas. Como a simples declaração de nulidade, longe de resolver o problema de constitucionalidade, agravá-lo-ia, o Tribunal confirmou como prazo final para o cumprimento das regras anticoncentração o estabelecido pelo órgão regulador.

Em meio à controvérsia sobre o prazo inicial de aplicação das normas antitruste, Berlusconi foi designado Primeiro Ministro em 2001, tendo trabalhado ativamente para reverter o quadro criado pelas decisões do órgão regulador das comunicações e da Corte Constitucional. Para tanto, o Conselho de Ministros editou o Decreto-Lei nº 352, de 2003, permitindo aos operadores que não se enquadrassem nos requisitos da Lei nº 249, de 1997, a continuidade da prestação de seus serviços até que o órgão regulador fizesse um exame detalhado a respeito do processo de introdução da televisão digital na Itália. Enquanto isso, tramitava no Parlamento projeto de uma nova lei orgânica para as comunicações. Aprovada, foi remetida à sanção do

Presidente da República, que se valeu de sua prerrogativa constitucional para solicitar o reexame do texto aprovado (art. 74 da Carta de 1947), sob a alegação de que ele contrariava a jurisprudência da Corte Constitucional. A maioria governista não cedeu e o texto foi promulgado.

A Lei nº 112, de 2004 (Lei Gasparri), voltou a estabelecer um limite multimídia de 20% de participação no mercado, o que torna inócua a regra anticoncentração.¹⁶⁰ Além disso, vários de seus dispositivos concedem vantagens aos atuais operadores da televisão analógica, no processo de migração para a televisão digital, em detrimento de novos operadores. Por esse motivo, em 2006, a Comissão Europeia, provocada por uma associação de consumidores italianos, vislumbrou incompatibilidade entre a Lei Gasparri e as diretivas comunitárias a respeito do tema e resolveu iniciar procedimento de apuração.¹⁶¹ O governo italiano de então, sob a chefia de Romano Prodi, concordou com os argumentos da Comissão Europeia e encaminhou ao Parlamento projeto de lei que, entre outras medidas, previa: (i) a separação entre produtores de conteúdo e difusores no sistema digital de televisão; (ii) a migração, para o sistema digital, dos canais analógicos excedentes a 2, concedidos a uma mesma pessoa ou grupo; (iii) a vedação a que as emissoras de um mesmo operador detivessem mais do que 45% das receitas de publicidade televisiva. O projeto nunca veio a ser aprovado.

Em 2008, a Corte Europeia de Justiça, no caso Europa 7 (C-380/05), decidiu, na mesma linha das conclusões da Comissão Europeia, que a legislação italiana contrariava o Direito Comunitário.¹⁶² Diante da nova realidade, a autoridade reguladora italiana promoveu adaptações nas regras de concessão de canais da televisão digital, para sanar os vícios identificados pelo Tribunal. A necessidade de intervenção de órgão comunitário para que alguma medida contrária ao duopólio RAI/Mediaset fosse adotada é bem ilustrativa da influência exercida pelo poder midiático na política italiana.

Ao analisar as dificuldades do sistema jurídico italiano em impedir o processo de concentração econômica da mídia, Padovani (2009, p. 299) conclui:

A interferência política no setor da televisão na Itália tem uma longa história. Em alguns

¹⁶⁰ Ainda que a Mediaset adquirisse o *Corriere della Sera*, jornal de maior circulação no país, não atingiria o teto legal de 20% (PADOVANI, 2009, p. 298). Considerando apenas o mercado relevante da televisão, 55% da receita publicitária em 2006 foi auferida pela Mediaset. No mesmo ano, os canais nacionais operados pelo grupo alcançaram 39,6% da audiência nacional. Já os operados pela RAI somaram 44,7% (OPEN SOCIETY INSTITUTE, 2008, p. 25).

¹⁶¹ Cf. <<http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/8/article5.en.html>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

¹⁶² Cf. <http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/itemlongdetail.cfm?item_id=3873>. Acesso em: 28 fev. 2010.

momentos, tal interferência serviu como uma força positiva em favor do pluralismo, promovendo, graças à prática da *lottizzazione*, uma variedade de vozes e perspectivas na televisão. Entretanto, ao longo dos anos, a concentração dos poderes midiático e político propiciou a formação e permanência de um duopólio no mercado de TV. A ausência de uma legislação apropriada em defesa dos direitos dos cidadãos de serem informados e entretidos em um ambiente pluralístico de mídia estimulou o processo de concentração do mercado de radiodifusão desde o início dos anos 1980. Enquanto a emissora pública foi capaz de manter uma considerável porção da audiência e uma forte presença no mercado analógico de radiodifusão, Silvio Berlusconi incorporou os piores aspectos das relações historicamente íntimas entre o sistema político e o sistema televisivo na Itália.

O impacto negativo sobre a democracia italiana é evidente: como Jürgen Habermas sublinha, Berlusconi foi capaz de usar sua grande “influência econômica como uma chave para converter imediatamente o poder midiático em influência pública” (HABERMAS, 2006, p. 19). O não resolvido conflito de interesses entre os deveres públicos de Berlusconi como Primeiro Ministro e seus interesses privados tem desvirtuado o debate público sobre questões relacionadas à mídia por mais de uma década, e continuará a ser assim no futuro. Isso fez surgir uma situação na qual o magnata de mídia “usou seu império midiático para apoiar uma duvidosa legislação em favor da consolidação de sua fortuna privada e vantagens políticas” (HABERMAS, 2006, p. 19). Como Alexander Stille coloca de forma franca, a Itália pode continuar a ser “uma nação de 58 milhões de pessoas mantidas reféns dos interesses de um homem e sua companhia” (STILLE, 2006, p. 351). Para que isso mude, são vitais leis que protejam e favoreçam os direitos dos cidadãos de serem informados em um ambiente pluralista de mídia.

A experiência italiana sugere que, em um cenário de visível simbiose entre os poderes político e midiático, não se deve alimentar grandes esperanças de que iniciativas reformistas destinadas a corrigir distorções no mercado de ideias surjam espontaneamente do sistema político. Se tais reformas constituem uma exigência imposta pela Carta Magna, a atuação da Corte Constitucional é fundamental para romper as barreiras colocadas pelo sistema político.

No Brasil, a ausência de uma legislação eficaz no sentido de evitar a concentração de propriedade dos meios de comunicação configura um caso típico de inconstitucionalidade por omissão parcial. Com efeito, como já assinalado, o comando do art. 220, § 5º, da Constituição impõe ao Estado o dever de editar e aplicar normas anticoncentração no setor de mídia. Se se admite que a esse dever corresponde um direito fundamental, é possível cogitar, no sistema constitucional brasileiro, da aplicação, ao caso, do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, que prevê o mandado de injunção. Como assinala Alexy (2008, p. 496) em passagem já citada, se a organização de uma radiodifusão em moldes pluralistas constitui exigência da liberdade de formação da opinião e da liberdade de informação dos indivíduos, então “o Estado não está sujeito apenas a um dever objetivo, a esse dever corresponde um direito subjetivo dos indivíduos afetados”. Ora, o mandado de injunção tem cabimento sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

Sob essas premissas parece legítimo sustentar a viabilidade jurídica de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de injunção, que, por exemplo: (i) fixasse prazo para o Congresso Nacional editar nova legislação dirigida a cumprir o mandamento do art. 220, § 5º, da Constituição; (ii) vedasse o início ou prosseguimento de processos de concentração no setor de comunicações, não apenas sob a forma de aquisições e fusões de empresas, mas também por mecanismos que conferissem alguma espécie de poder de controle de uma empresa sobre outra, como os contratos de afiliação, até que fosse aprovada a nova legislação; (iii) vedasse a outorga de serviços de radiodifusão a quem já detivesse concessões, até a edição de nova lei.

Decisão dessa natureza não seria inédita. No julgamento do MI nº 708 (DJ de 31.10.2008), o STF, ao reconhecer a omissão do legislador em disciplinar o direito de greve dos servidores públicos, fixou prazo para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria e determinou a aplicação, à greve no setor público, com adaptações, das regras referentes ao direito de greve dos trabalhadores em geral. Quanto à paralisação de determinados processos e o “congelamento” de determinadas situações, o Tribunal confirmou, no mesmo julgamento, o entendimento construído em diversos precedentes, no sentido de ser dotado de poderes institucionais para determinar “a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador”. De resto, decisões do Tribunal Constitucional nesse tipo de matéria encontram paralelo no Direito Comparado, como demonstra a experiência italiana.

Na doutrina brasileira, o mais articulado conjunto de propostas de reforma legislativa nesse âmbito é formulado por Faraco (2009, p. 168-200). As sugestões desse autor dizem respeito a 4 pontos básicos: (i) mudança dos critérios para a definição dos limites horizontais locais, regionais e nacionais de propriedade de empresas de radiodifusão; (ii) extensão das proibições à concentração às situações de controle comum de estruturas empresariais, ainda que haja diversidade de proprietários; (iii) estabelecimento de limites verticais à concentração na radiodifusão; (iv) criação de limites para a propriedade cruzada de meios de comunicação.¹⁶³

No tocante aos limites horizontais nacionais, Faraco propõe a substituição do critério baseado no número de emissoras de um mesmo proprietário pelo de audiência potencial. Em sua

¹⁶³ Uma quinta sugestão de Faraco, consistente no deslocamento das atuais competências relacionadas à outorga e à regulação do setor de radiodifusão para uma agência especializada, não diz respeito especificamente à estrutura do mercado, mas à distribuição das competências estatais de regulação do setor.

proposta, um mesmo operador não poderia deter concessões com abrangência geográfica que atingisse mais do que 20% da população nacional.

No âmbito regional, o autor entende que um limite como esse seria bastante restritivo. Além de não levar em conta as diferenças entre os estados, prejudicaria o fortalecimento de operadores regionais potencialmente concorrentes das grandes redes nacionais e poderia mesmo resultar em prestação deficiente dos serviços nas áreas de menor interesse comercial. Em virtude disso, Faraco sugere as opções de fixar limites baseados na população alcançada ou variáveis de estado para estado. Nas regiões onde não fosse viável o estabelecimento de limites, o pluralismo poderia ser atingido por meio de restrições à propriedade cruzada.

Em nível local, o autor preconiza o abandono da regra do art. 15, § 1º, do Decreto nº 52.795, de 1963, para permitir a um mesmo operador possuir duas emissoras que prestem o mesmo serviço, desde que esse número não ultrapassasse 10% do total de emissoras com sinal na localidade, nem 20% do total de emissoras comerciais. Assim, uma mesma pessoa somente poderia deter 2 concessões na mesma localidade caso nela existissem pelo menos 10 emissoras comerciais operando e 20 emissoras ao todo. O atendimento desses requisitos não seria facilmente observável. De qualquer modo, tal proposta deixa de atentar para o fato de que a simples existência de muitos canais não é garantia de diversidade, tampouco de ausência de um poder dominante sobre a opinião. Não se afigura conforme com o princípio do pluralismo permitir que a emissora líder de audiência receba uma segunda concessão, podendo, com isso, exercer um poder de monopólio naquele mercado.

Faraco justifica a opção pelo estabelecimento de limites nacionais e regionais fundados na audiência potencial com o argumento de que a mensuração da audiência real seria bem mais complexa e geraria incentivos para que o operador oferecesse ao público programas de menor interesse, de maneira a evitar o atingimento dos limites fixados. No que diz respeito ao critério da audiência efetiva, é de se reconhecer a maior complexidade de aferição dos índices reais, comparativamente aos potenciais. Entretanto, para fins de atendimento do preceito constitucional que veda monopólios e oligopólios comunicativos, ele é bem mais efetivo do que o critério da audiência potencial. O simples fato de que o sinal de uma emissora atinge toda uma região não é, por si só, suficiente para provar a existência de concentração econômica. Um critério baseado no total de habitantes de uma dada região, pode, em lugar de estimular a diversidade, conduzir a uma

segmentação territorial do mercado, com a constituição de diversos monopólios subregionais. Ademais, o próprio autor recomenda a adoção do critério da audiência real para a determinação de limites verticais nacionais. Se é viável a sua utilização nessa hipótese, não há por que descartá-la no caso dos limites horizontais.

Quanto ao incentivo a que o operador ofereça programas com menor audiência, para evitar ultrapassar o limite percentual de audiência, tal situação não deve ser vista necessariamente como algo negativo. O fato de determinado programa ter uma audiência inferior nada diz com respeito à sua qualidade. Apenas significa que detém menos espectadores. É possível mesmo que esse tipo de regulação aumente a variedade da programação. Se, em princípio, as emissoras tendem a transmitir apenas os programas que atinjam maior audiência, entendidos como aqueles que representam o denominador comum das preferências dos espectadores¹⁶⁴, uma regra que estabeleça limites horizontais com base na audiência efetiva constituirá incentivo para que as emissoras com maior audiência diversifiquem sua programação, apresentando conteúdo que constitui a preferência de parcela não desprezível do público, mas que não representa a preferência média.

A segunda proposta de Faraco diz respeito aos critérios de aplicação dos limites à concentração da mídia. Como já mencionado, essa é uma das principais deficiências da legislação brasileira. Ao se ater a aspectos puramente formais, ela veda apenas a propriedade, por uma mesma pessoa, de empresas concessionárias de radiodifusão, nos quantitativos que estabelece. Ignora outras formas de exercício do poder de controle sobre tais empresas. Com isso, abre espaço para que membros de uma mesma família detenham concessões que, somadas, ultrapassam os limites legais. A administração unificada das diversas empresas concessionárias denuncia que se trata apenas de um mecanismo para driblar os limites à propriedade. Além disso, a legislação é omissa quanto às relações de afiliação de emissoras às redes. Em muitos casos, os contratos de afiliação conferem tamanhos poderes à emissora cabeça-de-rede, que o controle por elas exercido sobre as afiliadas não difere muito dos de um proprietário.

Para sanar essa falha legal, Faraco propõe a adoção de critério que leve em conta o efetivo exercício do poder de controle sobre as empresas concessionárias, o qual pode ocorrer não apenas em razão da titularidade formal da concessão, mas também de vínculos contratuais entre as

¹⁶⁴ Cf. Capítulo III, Seção 3.3.1, deste trabalho.

empresas, relações de dependência econômica, entre outras formas. Sugere que a legislação do setor se valha de definição semelhante à utilizada na Resolução nº 101/1999 da Anatel, que trata da apuração de controle e transferência de controle de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. O art. 1º, II, desse ato normativo define controle como o “poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa.” Já o § 1º do mesmo artigo enumera, exemplificativamente, algumas situações que caracterizam o exercício do controle, entre as quais a participação no conselho de administração ou diretoria da outra empresa, ou o poder de indicar membros desses órgãos, e o direito de veto estatutário ou contratual em matérias ou deliberações da outra empresa.

O uso de um critério mais abrangente, além de ser consentâneo com o interdito constitucional aos monopólios e oligopólios comunicativos, encontra paralelo na experiência internacional. O *Rundfunkstaatsvertrag*, em seu art. 28, ao identificar as situações que devem ser consideradas como atribuição de serviços de radiodifusão a um operador, para fins de aferição do atingimento dos limites de audiência que configuram poder dominante sobre a opinião, não se restringe ao critério formal da participação acionária em empresas detentoras de concessões. Envolve também os casos de afiliação e de influência na empresa detentora de licença de transmissão que possa se comparar àquela que alguém com direitos que representassem 25% ou mais do capital social dessa empresa teria. Entre os casos que configuram tal influência, o *Rundfunksaatsvertrag* menciona o de fornecimento regular de conteúdo para as transmissões da concessionária em parte significativa da grade de sua programação, bem como a situação em que decisões fundamentais da empresa sobre o *design*, a aquisição e a produção de programas dependam de aprovação por parte da pessoa considerada, seja por razões contratuais, estipulações estatutárias ou qualquer outro meio. Por fim, o convênio dispõe que a análise e a avaliação dessas formas de influência deverão também levar em conta laços de parentesco. Como se vê, diferentemente da legislação brasileira, a alemã é abrangente o bastante para evitar o uso de subterfúgios pelos controladores das empresas de comunicação.

No concernente à concentração vertical, Faraco oferece três alternativas de política regulatória, as duas primeiras baseadas na adoção de limites para a audiência efetiva das redes nacionais. Assim, quando uma rede ultrapassasse 30% da audiência nacional, poder-se-lhe-iam impor medidas estruturais de desconcentração ou o dever de destinar parte do tempo de sua

programação para produções independentes. Na visão do autor, a primeira alternativa poderia levar à desconfiguração de redes nacionais. Já a segunda, além produzir incentivos para que o concessionário transmitisse programas menos atrativos, com o fim de evitar o atingimento do limite de audiência, seria mais suscetível de questionamento judicial sob a alegação de ofensa à liberdade de expressão, tendo em vista a determinação estatal do conteúdo a ser transmitido. Em face disso, Faraco manifesta preferência por uma terceira opção: o estabelecimento de um percentual do tempo de programação das redes no qual deveria ser exibido conteúdo produzido pelas próprias emissoras afiliadas ou por terceiros que não tivessem qualquer vínculo com a emissora cabeça-de-rede. Essa regra teria aplicação a todas as redes, independentemente de sua audiência, e o tempo destinado à programação local ou regional poderia corresponder a 25% do total da grade, sendo parte do conteúdo exibida no horário nobre. Além disso, como maneira de atender ao princípio da regionalização da produção, poder-se-ia determinar que parte desse tempo seria utilizada na veiculação de programas produzidos no próprio local ou região onde atuasse a emissora afiliada.

A proposta de Faraco quanto à concentração vertical representa um inegável avanço, comparada ao atual cenário. Com efeito, a legislação brasileira é totalmente omissa nessa matéria. Quanto às alternativas formuladas, embora a simplicidade da terceira seja sedutora, ela deve ser analisada levando-se em conta uma realidade na qual as emissoras cabeça-de-rede exercem um poder considerável sobre as afiliadas. A simples atribuição formal, às afiliadas, da escolha de parte do conteúdo a ser transmitido não é garantia de exclusão de interferências da cabeça-de-rede no processo. Mais do que os aspectos econômicos da produção de conteúdo, o fundamental nesse tipo de medida é propiciar diversidade na esfera pública. Nada impede que a cabeça-de-rede exerça influência na escolha promovida pela afiliada, de modo a que o conteúdo transmitido não difira em nada da linha adotada pela rede. Tal influência resultará ainda mais efetiva na hipótese, aludida por Faraco (2009, p. 188), de organização das emissoras afiliadas “em escala regional, ou mesmo nacional, para viabilizar a produção e contratação de programas comuns”. Nesse caso, a cabeça-de-rede poderia negociar informalmente com o conjunto de suas afiliadas, de uma vez só, o conteúdo a ser transmitido. A regra de que o produtor do conteúdo não deve possuir vínculos com a cabeça-de-rede pode resolver a questão sob a ótica econômica, mas não sob a ótica do pluralismo (pois a cabeça-de-rede poderia orientar a escolha de programas semelhantes aos por ela transmitidos, seja quanto à temática, à forma de apresentação ou à

orientação ideológica, ainda que produzidos por quem não possuísse vínculos com ela).

A segunda alternativa, consistente na obrigatoriedade de a rede fornecer tempo de programação para produções independentes pode constituir uma solução livre dos inconvenientes acima identificados, caso sejam observadas algumas condições. Se o objetivo principal da regulação for, mais do que garantir a pluralidade de operadores, assegurar a diversidade de conteúdo, não será possível ignorar estratégias que, de alguma forma, levem em conta, o conteúdo produzido. Faraco (2009, p. 186) aponta, relativamente a essa opção, a maior possibilidade de questionamentos judiciais, sob o argumento da violação da liberdade de expressão. O autor conclui serem inconstitucionais medidas desse jaez, apenas ressalta que elas estão sujeitas a maior discussão. Deve-se ter presente, porém, conforme sustentado nos capítulos anteriores, que o uso de espaço da grade de uma emissora ou rede por terceiros não constitui propriamente uma restrição à sua liberdade de expressão, mas sim a direitos de uso exclusivo de faixa do espectro eletromagnético. Não existe um direito constitucional a tal uso exclusivo.

Ademais, a radiodifusão no Brasil se qualifica como serviço público, sujeito, portanto, a regulação pelo poder concedente, com o objetivo de propiciar que a sua execução se dê de forma adequada e com respeito aos direitos dos usuários (art. 175, parágrafo único, II e IV, da Constituição Federal). Entre os direitos dos usuários dos serviços de radiodifusão, estão os de ser adequadamente informados por uma variedade de fontes e de livremente formar a suas opiniões, o que pressupõe uma esfera pública plural.

Não pode ser apressadamente rechaçado, sob alegação de indevida ingerência estatal na esfera pública, um sistema que, como o alemão, prevê a atribuição de tempos de transmissão para produtores independentes segundo critérios que conduzam à escolha do conteúdo que ofereça a maior contribuição para a pluralismo nos serviços do operador principal. Em tal modelo, é incorreto afirmar que o Estado teria o poder de direcionar o debate público segundo a visão de mundo e os interesses dos governantes de plantão. A determinação do conteúdo seria condicionada por escolhas realizadas pelos próprios operadores dos serviços, não estando ao mero talante da autoridade pública. Assim, o dever de oferecer uma programação alternativa à transmitida pela emissora objeto da regulação existiria mesmo no caso de a sua linha editorial coincidir com a orientação ideológica dos governantes. Como maneira de reduzir o espaço de interferências políticas, poder-se-ia conceber um processo de seleção dos produtores de conteúdo

no qual os poderes decisórios coubessem a uma comissão formada por técnicos do setor e representantes da sociedade civil, que não tivessem vínculos com o poder público nem com as empresas concessionárias.¹⁶⁵

Essas observações não equivalem a uma rejeição da terceira alternativa proposta por Faraco, a qual, além do mérito de configurar uma política regulatória de maior simplicidade na execução, contempla, de modo interessante, regra destinada a concretizar o princípio da regionalização da produção cultural, artística e jornalística. Nada impede que, ao lado do regime básico no qual haja um percentual mínimo de transmissão de programas produzidos pelas emissoras regionais e locais, ou por produtores independentes, sejam estabelecidas regras específicas a serem aplicadas às redes com audiência efetiva considerável. Tais regras deveriam prever critérios de escolha do conteúdo exibido na janela de programação que propiciassem uma espécie de pluralismo interno nas redes.¹⁶⁶

Quantos aos limites à concentração cruzada, Faraco formula as seguintes propostas:

- a) a vedação ao controle conjunto, na mesma área geográfica, de emissoras de televisão e de rádio, exceto quando: (i) existissem outras 3 emissoras de televisão na mesma área, integradas a redes nacionais; e (ii) o número de emissoras de rádio controladas pelo mesmo operador não ultrapassasse 10% das existentes na região;
- b) a vedação ao controle conjunto, na mesma área geográfica, de emissoras de televisão e jornais diários, exceto quando existissem, na mesma região: (i) outras 3 emissoras de televisão, integradas a redes nacionais; e (ii) outros 2 jornais diários, admitindo-se também, em lugar do limite numérico, que a circulação do jornal do controlador da emissora de televisão não superasse 50% da circulação total de jornais diários na região;

¹⁶⁵ Poder-se-ia conferir essa função ao Conselho de Comunicação Social. Como já mencionado, esse conselho foi originalmente concebido, durante os trabalhos da Constituinte de 1987-8, como um órgão independente, a exemplo da FCC, incumbido da regulação do setor de comunicação social. A intensa pressão da mídia logrou reduzi-lo, no texto finalmente aprovado, à condição de órgão auxiliar do Congresso Nacional, sem especificar-lhe as funções (art. 224 da Lei Maior).

¹⁶⁶ A aferição periódica de audiência implicaria maiores custos para o ente regulador. Além disso, em um país com dimensões continentais, esse tipo de pesquisa é evidentemente mais trabalhoso do que em países menores, como a Alemanha. De qualquer maneira, essa pesquisa já é feita atualmente por instituições privadas, como IBOPE, o que demonstra a sua viabilidade. Faraco aponta outro problema em uma regulação baseada nos índices efetivos de audiência: como eles são variáveis, há uma relativa incerteza quanto à transmissão de programas produzidos por agentes independentes, o que é um desincentivo à entrada de novos produtores no mercado. Não obstante, em um cenário no qual vigesse também a regra do percentual de produção regional, esse problema poderia ser mitigado. O oferecimento de espaço na programação para produtores independentes também deveria vigorar por um período razoável (o art. 31, n. 6, do *Rundfunkstaatsvertrag*, prevê um prazo de cinco anos para o *Fensterprogramm*).

- c) a vedação ao controle conjunto de emissora de rádio e jornais diários na mesma área geográfica, exceto nas condições do item (ii) da letra *b*, *supra*;
- d) no caso de controle conjunto de emissoras de rádio e televisão, além das condições identificadas na letra *a*, a redução, em 25%, do limite numérico nacional de emissoras de rádio e de televisão que uma mesma pessoa poderia controlar;
- e) no caso de controle conjunto de mais de um jornal diário de circulação nacional relevante e emissoras de rádio ou de televisão, a redução, em 25%, do limite numérico nacional de emissoras de rádio ou de televisão que uma mesma pessoa poderia controlar;
- f) a vedação ao controle conjunto de emissora de televisão e rede de televisão por assinatura, na mesma área geográfica;
- g) a vedação ao controle conjunto de mais de uma rede de televisão por assinatura, na mesma área geográfica.

Ao justificar tais sugestões, o autor observa (FARACO, 2009, p. 193):

Idealmente, os limites multimídia deveriam controlar o ingresso em um mercado de agente que já detém uma posição significativa em outro. [...] A relevância de concentrações cruzadas é inversamente proporcional à dispersão de poder encontrada em cada mercado envolvido. Em outras palavras, não deveria ser objeto de preocupação a propriedade conjunta de dois meios diversos de comunicação social, quando existem alternativas relevantes em ambos os casos.

Se é assim, o estabelecimento de limites à concentração cruzada baseados no número de veículos atuando em cada setor revela-se pouco efetiva para os fins a que se propõe. O número de empresas no mercado é apenas um indício, pouco seguro, da existência real de concorrência no mercado de ideias. De acordo com as regras propostas, seria legítimo um operador controlar simultaneamente, na mesma área geográfica, emissora de televisão que detivesse 50% da audiência (desde que existissem outras 3), emissora de rádio que detivesse 30% da audiência (desde que existissem outras 9), e o jornal de maior circulação local (desde que existissem outros 2). O resultado líquido seria uma situação de poder dominante sobre a opinião.

Conquanto sejam de mais fácil controle, os limites baseados no número de veículos de comunicação não necessariamente oferecem resultados que guardem conformidade com o interdito constitucional aos monopólios e oligopólios comunicativos. Como reconhece o próprio Faraco (2009, p. 79), é incompatível com o preceito do art. 220, § 5º, da Lei Maior a

concentração econômica no âmbito da comunicação, “independentemente de como foi alcançada ou de que condutas sejam adotadas pelo agente econômico”, justificando-se a imposição de “limites a estratégias de crescimento interno da empresa, [...] visando garantir a dispersão do poder”. Dessarte, mesmo quando o monopólio comunicativo é fruto da maior eficiência do agente econômico, sua existência conflita com a Constituição.

A despeito de sua maior complexidade, o estabelecimento de limites à concentração cruzada que levem em conta a participação das empresas no mercado ou o percentual de sua audiência ou público leitor parece ser o mecanismo que garante maior efetividade ao comando constitucional. Os limites baseados na audiência potencial têm a desvantagem de obstar que as emissoras alcancem regiões mais amplas. É um contrassenso impedir que uma emissora opere em determinada região sob o argumento de proteger o pluralismo. As medidas dirigidas a aumentar a diversidade não devem, em princípio, retirar vozes do debate público, mas criar condições para que mais vozes nele ingressem. Quando uma emissora é impedida de operar em determinada área, tem-se como resultado que o público da região contará com uma opção a menos no seu rol de escolhas. Ademais, a operação em uma área geográfica maior, permitindo alcançar um público mais numeroso, pode gerar ganhos de escala sem os quais o próprio oferecimento de determinados tipos de programação ficaria comprometido.

Com respeito à regulação de conteúdo, a legislação brasileira não é menos omissa do que no tocante à regulação estrutural. O art. 16, § 1º, do Decreto-Lei nº 236, de 1967, prevê uma duração “máxima” obrigatória de 5 horas semanais para a programação educacional das emissoras de radiodifusão, devendo o conteúdo ser transmitido em horários compreendidos entre as 7 e as 17 horas. De seu turno, a Lei nº 4.117, de 1962, em seu art. 38, *f*, determina que pelo menos 5% do tempo de transmissão das emissoras seja preenchido com serviços noticiosos, e, em seu art. 124, limita o tempo destinado à publicidade comercial nas emissoras a 25% do total das transmissões. Por fim, o art. 67 do Decreto nº 52.795, de 1963, dispõe, em seu art. 67, n. 1, que as emissoras devem “manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a irradiação de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrários à moral familiar e aos bons costumes”.

Ainda que fossem rigorosamente cumpridos, tais dispositivos não seriam suficientes para atender aos ditames constitucionais referentes à matéria. Nos termos do art. 221 da Lei Maior, a

produção e a programação das emissoras de rádio e televisão devem: (i) dar preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; (ii) promover a cultura nacional e regional e estimular a produção independente que objetive sua divulgação; (iii) atender ao princípio da regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais legalmente fixados; (iv) respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família. Ademais, compete à lei federal, a teor do art. 220, § 3º, da Carta, regular as diversões e espetáculos públicos e estabelecer os meios que garantam a defesa da pessoa e da família em face de programação que descumpra os deveres previstos no art. 221. Na regulação das diversões e espetáculos públicos, o mesmo dispositivo determina ao Estado que informe a população sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendam, locais e horários em que sua apresentação se mostra inadequada.

Ora, as previsões legais de duração máxima de 5 horas para a programação educacional, de tempo mínimo de transmissão de programas noticiosos equivalente a 5% do total da programação e de tempo máximo de propaganda comercial correspondente a 25% desse mesmo total estão em completo desacordo com o art. 221 da Constituição. As referidas exigências, em lugar de conferirem preferência à programação educativa e informativa, reservam-lhe um papel marginal, bem inferior ao conteúdo de natureza publicitária.

Em outros países, a regulação do conteúdo das transmissões televisivas é muito mais minuciosa e atenta aos itens que o texto constitucional brasileiro considera prioritários. A Directiva nº 89/552/CEE do Conselho da União Europeia (JO de 17.10.1989), por exemplo, entre várias restrições à propaganda, destinadas a proteger a infância, a saúde, a autonomia editorial dos meios de comunicação contra influências do poder econômico, estabelece, em seu art. 18, que o tempo destinado à publicidade pelas emissoras não deve superar 15% da programação total. Ademais, em seu art. 5º, prevê que, excluído o tempo destinado a noticiários, transmissões desportivas e publicidade, a parcela majoritária do tempo de programação seja reservada a produções originadas em países da própria União Europeia ou que contem essencialmente com a participação de cidadãos europeus ou empresas sediadas naqueles países.

Na Alemanha, o *Rundfunkstaatsvertrag* oferece, em seu art. 2º, definições precisas do que sejam programas de informação, de entretenimento, educacionais e culturais, bem como do que seja propaganda e patrocínio, para fins de controle de conteúdo. No Brasil, a ausência de tais

definições redundante em ampla discricionariedade de enquadramento pelo próprio concessionário. Se os percentuais relativos ao conteúdo das transmissões já são, em si inadequados, a margem de discricionariedade conferida aos operadores os torna inócuos. Com respeito aos limites ao tempo destinado à propaganda (que inclui todas as formas de publicidade televisiva), o *Rundfunkstaatsvertrag* estabelece que ele não deve exceder 20% da programação total da emissora, e, no caso dos intervalos comerciais, 15% da programação total.

Na França, além de obrigações gerais impostas a todos os operadores, os contratos de outorga celebrados pelo *Conseil Supérieur de L'Audiovisuel* preveem outros deveres a serem cumpridos pelos concessionários no que concerne à programação. Do canal privado de maior audiência (TF1), por exemplo, é exigida a transmissão de 800 horas anuais de programas informativos e de atualidades, bem como 1000 horas anuais de programas destinados ao público jovem. Além disso, o limite máximo estabelecido para a exibição de propaganda pelas emissoras privadas é de 12 minutos por hora, devendo a média diária de espaço publicitário, em qualquer caso, ser de até 6 minutos por hora (OPEN SOCIETY INSTITUTE, 2005, p. 687, 699).

Nos EUA, o *Communications Act* determina, em sua Seção 335, b, n. 1, que as emissoras destinem entre 4 e 7% de seu tempo de programação para a transmissão de conteúdo informativo e educativo. Tal percentual não se afigura muito diverso do brasileiro. No entanto, naquele país existe órgão que efetivamente fiscaliza o cumprimento das exigências legais. O *Code of Federal Regulations* determina, em sua Seção 73.671, que ao menos 3 horas semanais deverão ser reservadas pelas emissoras para programas educativos e informativos especialmente destinados a crianças, a serem transmitidos no intervalo entre 7 e 22 horas. O cumprimento de tal dever é condição para a renovação das licenças. No campo das restrições, a transmissão de conteúdo obsceno é vedada, e a de conteúdo indecente ou profano sofre limitações quanto ao horário de exibição. A FCC dispõe de poderes para, em face da gravidade da conduta, cassar a licença dos operadores que não observarem tais restrições. O descumprimento costuma, porém, na maioria dos casos, resultar na aplicação de multas pela agência (FARACO, 2009, p. 219).

No Brasil, as possibilidades de ação do legislador são muito maiores do que nos EUA. Os argumentos utilizados pela Suprema Corte norte-americana para reduzir o espaço de atuação do poder público na regulação de conteúdo não podem, em sua maior parte, ser utilizados no Brasil, simplesmente porque, longe de adotar uma posição refratária à intervenção do Estado nessa seara,

a própria Constituição previu deveres estatais nesse sentido. No Direito brasileiro, não apenas o excesso, mas também a omissão do poder público na fixação de regras sobre a matéria se traduz em inconstitucionalidade. No caso dos deveres de regionalização da produção, a omissão legislativa é total, fazendo com que a produção televisiva exibida em todo o país (excetuado o jornalismo local) tenha origem apenas no eixo Rio-São Paulo.

Como na regulação estrutural, também na regulação de conteúdo qualquer iniciativa governamental no sentido de dar cumprimento aos dispositivos constitucionais é objeto de intensos ataques por parte da mídia, reproduzindo-se a mesma lógica de não-oferecimento de espaço para o contraditório. A postura da maioria das empresas de comunicação chega a ser de recusa ao próprio debate sobre o tema, como aconteceu na Conferência Nacional de Comunicação realizada em dezembro de 2009, em Brasília, da qual as emissoras filiadas à Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) se negaram a participar. Esse tipo de conduta é indicativo de um grau de intolerância com a diversidade de opiniões incompatível com os próprios valores que os empresários do setor alegam defender ao assumir tal posicionamento.

Diferente não foi a reação da mídia às propostas contidas no III Plano Nacional de Direitos Humanos (III PNDH), aprovado pelo Decreto nº 7.037, de 2009. No que atina ao setor de comunicação social, as ações estratégicas que figuraram no texto do Plano foram as seguintes:

- Propor a criação de marco legal regulamentando o art. 221 da Constituição, estabelecendo o respeito aos Direitos Humanos nos serviços de radiodifusão (rádio e televisão) concedidos, permitidos ou autorizados, como condição para sua outorga e renovação, prevendo penalidades administrativas como advertência, multa, suspensão da programação e cassação, de acordo com a gravidade das violações praticadas;
- Promover o diálogo com o Ministério Público para proposição de ações objetivando a suspensão de programação e publicidade atentatórias aos Direitos Humanos;
- Suspender patrocínio e publicidade oficial em meios que veiculam programações atentatórias aos Direitos Humanos;
- Elaborar critérios de acompanhamento editorial a fim de criar um *ranking* nacional de veículos de comunicação comprometidos com os princípios de Direitos Humanos, assim como os que cometem violações;
- Desenvolver programas de formação nos meios de comunicação públicos como instrumento de informação e transparência das políticas públicas, de inclusão digital e de acessibilidade;
- Avançar na regularização das rádios comunitárias e promover incentivos para que se afirmem como instrumentos permanentes de diálogo com as comunidades locais;
- Promover a eliminação das barreiras que impedem o acesso de pessoas com deficiência sensorial à programação em todos os meios de comunicação e informação, em conformidade com o Decreto nº 5.296/2004, bem como acesso a novos sistemas e tecnologias, incluindo internet;
- Promover parcerias com entidades associativas de mídia, profissionais de comunicação, entidades sindicais e populares para a produção e divulgação de materiais sobre Direitos Humanos.

- Incentivar pesquisas regulares que possam identificar formas, circunstâncias e características de violações dos Direitos Humanos na mídia;
- Incentivar a produção de filmes, vídeos, áudios e similares, voltada para a educação em Direitos Humanos e que reconstrua a história recente do autoritarismo no Brasil, bem como as iniciativas populares de organização e de resistência.

Como se vê, todas essas propostas encontram fundamento em algum dos dispositivos constitucionais regedores da comunicação social já citados. Apenas a cassação da outorga poderia suscitar alguma dúvida quanto à sua qualificação como penalidade administrativa, ante o que dispõe o art. 223, § 4º, da Lei Maior, que condiciona o “cancelamento” da concessão, antes do fim do prazo de vigência, a decisão judicial. Há, no entanto, jurisprudência do STF no sentido de que decisões que impõem penalidades dessa natureza aos veículos de comunicação, ainda que tomadas por autoridade judicial, não perdem o seu caráter administrativo (ADI nº 869, DJ de 04.06.2004). Dessarte, a alusão a uma penalidade administrativa de cassação da outorga não necessariamente significa o propósito de se atribuir competência a órgãos do Poder Executivo para aplicá-la.

De mais a mais, as conclusões do referido plano, muitas delas já presentes no I e no II PNDH, não passam de proposições. A sua implementação depende da aprovação de leis pelo Parlamento. Ainda assim, a conduta da mídia em relação a elas pautou-se muito mais pelo interesse privado de seus proprietários do que pelos deveres públicos que devem orientar a atividade dos meios de comunicação, como restou evidenciado na forma de apresentação dos fatos pelas emissoras de televisão, bem como nas análises levadas a cabo pela imprensa, fundadas em típicos argumentos *ad terrorem*, segundo os quais qualquer intervenção do Estado no âmbito das comunicações é ilegítima e autoritária. À luz da experiência internacional, caberia perguntar a quem sustenta tais argumentos qual país seria democrático, já que as nações com democracia mais sólida, como visto, adotam um regime regulatório muito mais efetivo que o brasileiro.

Em editorial de 19.01.2010, intitulado *Nova investida contra a democracia*, o jornal *O Estado de S. Paulo*¹⁶⁷, na crítica que fez ao III PNDH e à 2ª Conferência Nacional de Cultura, além de acusar as propostas neles formuladas como antidemocráticas e teratológicas, chegou a afirmar que, no Brasil, não havia monopólios comunicativos. Certamente, na visão do editorialista, só existiria monopólio em mercados onde houvesse apenas um operador, e não

¹⁶⁷ Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100119/not_imp497938,0.php>. Acesso em 28.02.2010.

naqueles onde, a despeito de uma pluralidade de agentes econômicos, um deles detivesse poder incontestável. A defesa do pluralismo e o combate à concentração na mídia não são bandeiras de regimes totalitários, mas das democracias liberais capitalistas. Como observa Lima (CONGRESSO NACIONAL, 2004, p. 97):

[O]s princípios da pluralidade e da diversidade são a transposição para a esfera da comunicação dos fundamentos liberais da economia de mercado, isto é, a garantia da livre concorrência. Como afirma o renomado cientista político liberal Giovanni Sartori “uma opinião pública livre deriva de uma **estrutura policêntrica** dos meios de comunicação e de sua **interação competitiva**, e é sustentada por elas. Em síntese, a autonomia da opinião pública pressupõe condições semelhantes às condições de mercado” (grifado no original; Sartori, 1994, p. 139). Nas comunicações, poucos proprietários, além de significar menos concorrência, também significam menos diversidade de conteúdo, ou a possibilidade de restrições – explícitas ou implícitas, diretas ou indiretas – à livre manifestação do pensamento. No limite, os antigos regimes autoritários comunistas, onde o Estado era o único “proprietário” da mídia, sempre foram o exemplo preferido pelos defensores do liberalismo para se mostrar os malefícios da ausência de competição, pluralidade, diversidade e, portanto, de democracia.

Numa sociedade com pluralidade de proprietários e diversidade de conteúdo na mídia, estariam asseguradas as condições indispensáveis para que se constitua uma opinião pública livre e autônoma, através do debate de ideias. Fica claro, portanto, que a concentração da propriedade nas comunicações coloca em risco os próprios fundamentos da democracia representativa liberal.

O que se verifica no Brasil, portanto, é um preocupante *deficit* de efetividade das normas constitucionais relativas à comunicação social. O conúbio entre os poderes político e midiático aponta para uma tendência de permanência desse quadro, em detrimento do pluralismo e da democracia.

CONCLUSÃO

A partir da análise estrutural das normas de direitos fundamentais, é possível distingui-los em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações. O segundo grupo reúne direitos que envolvem prestações de meio e prestações de fim. Essa divisão fornece um critério de enquadramento das espécies de direitos prestacionais da classificação formulada por Alexy (os direitos a prestações *stricto sensu*, à proteção, à organização e ao procedimento) baseado na relação que cada um deles tem com o exercício efetivo das liberdades e a preservação dos bens constitucionalmente protegidos. No caso dos direitos a prestações de resultado, essa relação é direta, imediata, no sentido de que o cumprimento do dever estatal garante, por si, a liberdade real ou a preservação do bem jurídico tutelado. Já no caso dos direitos a prestações de meio, a relação é indireta, o cumprimento do dever estatal é um meio que pode consistir em condição necessária, mas não suficiente para assegurar aquele resultado. Nesse esquema classificatório, poderiam ser identificados como direitos a prestações de resultado os direitos prestacionais *stricto sensu* e aqueles que, classificados por Alexy como direitos à proteção, referem-se a condutas estatais materiais. De seu turno, os direitos à organização e ao procedimento constituiriam direitos a prestações de meio, juntamente com os direitos a normas de proteção.

No âmbito da comunicação social, a atenção da doutrina e da jurisdição constitucionais tem sido historicamente direcionada para os direitos de defesa, ou seja, para os direitos a que o Estado não interfira no processo comunicativo, de modo a obstá-lo ou dificultá-lo. Sem embargo disso, é crescente, desde a segunda metade do séc. XX, o reconhecimento de direitos prestacionais de comunicação, seja por disposições constitucionais expressas, seja pela interpretação evolutiva das cortes. Tal fenômeno se explica em face do processo de concentração da mídia e de transformação da esfera pública, no qual os canais efetivos de comunicação passaram a ser dominados por poucos, com conseqüente redução das oportunidades de os cidadãos em geral se manifestarem. Tais efeitos deletérios caracterizam um mundo no qual o livre debate da esfera pública burguesa do início do séc. XIX deu lugar à comunicação de massa, controlada pelos detentores de poder econômico.

A positivação de direitos prestacionais está associada à constatação de que o mero resguardo das liberdades fundamentais contra intervenções estatais não é suficiente para garantir

o seu exercício na prática. Obstáculos outros podem se colocar diante dos titulares de tais liberdades, entre os quais a insuficiência dos recursos materiais necessários ao seu exercício e condutas obstativas por parte de outros particulares. Conquanto se possa, do ponto de vista formal, advogar que, no primeiro caso, subsiste a liberdade, entendida como ausência de constrição impediante do livre agir, deve-se reconhecer que pouco ou nenhum valor tem a liberdade para o indivíduo, quando interpretada como simples inexistência de ação coativa do Estado ou de outro particular, se lhe faltam condições materiais para realizar as escolhas inerentes à condição de sujeito livre. Por isso mesmo, a doutrina costuma contrapor liberdade formal e liberdade real, compreendida esta como a possibilidade efetiva de o indivíduo adotar os diferentes cursos de ação que o Direito lhe franqueia.

A atual discussão em torno dos direitos prestacionais no Brasil se concentra sobretudo nos chamados direitos sociais, tais como os direitos à saúde e à educação. Pouca atenção tem sido dada aos direitos prestacionais de comunicação, muito embora de sua existência e concretização dependa a própria qualificação do Estado Constitucional como democrático e pluralista. A importância das chamadas liberdades políticas, entre as quais a liberdade de expressão, é sublinhada por Rawls, em virtude do papel que desempenham no próprio processo de organização da sociedade, de definição de seus rumos e reconhecimento de outros direitos básicos. Se tais liberdades são asseguradas pelo Estado apenas em uma dimensão formal, deixa de existir um dos pressupostos de legitimidade do Estado Democrático de Direito: a oportunidade equitativa de participar do processo político e influenciá-lo. Tal participação não se dá apenas no âmbito do processo decisório das questões incluídas na pauta de deliberação, mas abrange também a sua fase propositiva. Desse modo, o exercício real das liberdades de comunicação depende de ações positivas do Estado tanto em benefício do receptor quanto do emissor de mensagens.

A soberania popular, característica definidora do regime democrático, deixa de existir onde os cidadãos: (i) não recebem informação ampla e variada que lhes permita formar sua própria opinião e tomar decisões; ou (ii) não dispõem de acesso à esfera pública para submeter à consideração de seus semelhantes suas próprias propostas. Uma concepção co-participativa da democracia deve, portanto, adotar, relativamente à liberdade de expressão, postura comprometida com a correção de distorções no processo comunicativo, de modo a oferecer aos seus agentes oportunidades expressivas equivalentes. Sem tais compensações, o maior poder comunicativo de

alguns finda por se traduzir em maior poder político, solapando o ideal de igualdade política insito no conceito de democracia.

Se o regime democrático pressupõe o valor equitativo das liberdades comunicativas, o vínculo entre os direitos prestacionais de comunicação e o princípio democrático se afigura evidente. Têm eles por objetivo traduzir no setor da comunicação social a diversidade existente na sociedade. A representação, nos meios de comunicação, de apenas uma parcela dos grupos, visões de mundo, linhas de pensamento existentes no ambiente social constitui uma grave distorção do processo político, com repercussões sobre todas as esferas da vida, já que o domínio do poder político leva ao controle dos instrumentos jurídicos de regulação da sociedade.

O exercício do poder comunicativo pode acarretar efeitos negativos sobre a esfera juridicamente protegida de outrem. Tais efeitos não estão associados apenas à honra ou privacidade da pessoa, mas se estendem à sua própria liberdade de expressão, bem como à liberdade de informação dos indivíduos em geral. O setor onde isso se mostra mais evidente é o da radiodifusão. Em face de limitações técnicas e também econômicas, o número de operadores tende a ser restrito. Ao atribuir direitos de uso exclusivo de um bem público (determinada frequência do espectro eletromagnético) a determinados particulares, o Estado placita um quadro de concentração do poder comunicativo. Esse mesmo Estado deve, contudo, obediência ao princípio da igualdade, e seu compromisso em garantir o exercício efetivo da liberdade de expressão por todos tem de ser real, se a Constituição que o rege o define como democrático e pluralista. Em razão dos riscos que o poder comunicativo representa para o exercício das liberdades de expressão e de informação, o dever do Estado de respeitar e fazer respeitar os direitos fundamentais envolve medidas estatais que protejam tais direitos da ação dos próprios particulares detentores daquele poder. Pouca serventia teriam os direitos de comunicação se sua eficácia não se projetasse também sobre tais particulares. Diante disso, é possível concluir que a existência de direitos prestacionais de comunicação se justifica tanto como forma de realizar valores constitucionais objetivos (a democracia, o pluralismo), quanto como maneira de assegurar o exercício efetivo de liberdades.

Desde o seu surgimento nos EUA, a radiodifusão foi objeto de ampla regulação estatal. Para tanto, foi criada uma agência governamental independente, dotada de amplos poderes de normatização e fiscalização do setor. Ao longo de cinco décadas, foram desenvolvidos diversos

instrumentos para assegurar a pluralidade de operadores e a diversidade de pontos de vista na mídia. Entre eles, destacaram-se a *Fairness Doctrine* e as inúmeras normas anticoncentração. A partir dos anos 1980, um intenso movimento no sentido da desregulamentação da mídia passou a orientar as políticas do setor, com notáveis consequências sobre a esfera pública norte-americana e reflexos no funcionamento do regime democrático e do sistema político daquele país. Tal mudança não seria possível sem uma correspondente alteração no pensamento majoritário da Suprema Corte norte-americana, que gradativamente abandonou uma exegese da Primeira Emenda mais afinada com a concepção co-participativa ou madisoniana da democracia, para abraçar uma postura de desconfiança na capacidade do Estado intervir no mercado de ideias para corrigir suas falhas e aprimorar o debate público.

No Brasil, a história da comunicação social apresenta duas constantes: a concentração dos meios de comunicação nas mãos de poucos e as ligações entre os seus proprietários e o poder político. Tendo em vista o imenso contingente de analfabetos existente nas primeiras décadas do séc. XX, a comunicação de massa no Brasil se desenvolveu sobretudo a partir da popularização do rádio e da televisão. Não obstante tenha adotado um modelo de prestação de serviços de radiodifusão semelhante ao norte-americano, baseado na outorga do uso de frequências a particulares, a legislação brasileira não teve cuidados mínimos em garantir um processo seletivo impessoal dos operadores, em impor-lhes deveres compatíveis com a sua condição de fiduciários do público, tampouco em evitar as diversas modalidades de concentração econômica na mídia. Como resultado, a comunicação social brasileira foi, desde cedo, dominada por algumas poucas famílias de empresários do setor, que têm o poder de determinar quais temas (e com que enfoque) devem ingressar no debate público.

A Constituição de 1988 foi a primeira da história constitucional brasileira a disciplinar, com maior minúcia, a comunicação social, dedicando à matéria um de seus capítulos. A Carta trouxe importantes avanços no sentido da democratização do setor. No entanto, passados mais de 20 anos de sua promulgação, muito pouco da realidade anterior mudou. A subsistência de um modelo antidemocrático de organização da mídia pode ser compreendida sob a perspectiva de que, como documento compromissório, a Lei Maior de 1988, ao lado das inovações que previu, fez uma série de concessões aos setores contrários a essas mudanças. A principal delas talvez tenha sido a própria forma como foram concebidos os preceitos que, de algum modo, implicam deveres aos controladores dos meios de comunicação de massa ou estabelecem

condicionamentos à sua liberdade empresarial. A quase totalidade desses dispositivos remeteu ao legislador infraconstitucional a tarefa de conferir operatividade às normas neles previstas. Com isso, e tendo em vista as íntimas relações entre poder político e poder comunicativo, o capítulo dedicado à comunicação social tornou-se o conjunto de normas constitucionais mais carente de efetividade.

No caso dos direitos prestacionais, esse quadro de ineficácia é ainda mais grave, pois, como regra, sua concretização não prescinde da *interpositio legislatoris*. Assim, conquanto possam ser identificados, no texto constitucional, diversos direitos prestacionais de comunicação, seu exercício é em grande parte comprometido pela inércia estatal, que não se resume à sua face legislativa. Com efeito, mesmo em relação a direitos como o de resposta (art. 5º, V, da Carta Magna), regulado pela Lei de Imprensa até que o STF a considerasse não recepcionada pela nova ordem constitucional, dificilmente se poderia dizer que há um cumprimento satisfatório da norma constitucional, seja por causa do entendimento prevalecente de que ele se exerce apenas quanto a juízos de fato, seja pela morosidade do Poder Judiciário no julgamento de ações que envolvem pedidos dessa natureza. A demora em seu exercício condena à completa inocuidade esse direito.

Ainda no tocante aos direitos de acesso aos meios de comunicação, não obstante a Constituição tenha previsto expressamente um direito de antena apenas para os partidos políticos, não é estranha ao regime constitucional de 1988 a extensão legislativa de tais direitos a outras instituições e grupos representativos da sociedade. A Carta Magna qualificou a radiodifusão como serviço público, de forma explícita. Ademais, nenhum de seus preceitos dispôs que a outorga da exploração de tais serviços se daria necessariamente com uma garantia ilimitada de exclusividade no uso de frequência do espectro eletromagnético, insuscetível de qualquer limitação ou condicionamento. Por fim, a própria Constituição impôs às concessionárias de radiodifusão o dever de estimular a produção independente (art. 221, II). Assim, não destoaria da ordem constitucional que o poder concedente institua, em norma infraconstitucional, outras modalidades de direito de acesso, inclusive com a finalidade de atender ao princípio do pluralismo. Contudo, a inércia estatal se repete nesse ponto.

Outro direito que apresenta um acentuado *deficit* de concretização é o que decorre do princípio insculpido no *caput* do art. 223 da Lei Maior, segundo o qual deve haver uma complementariedade entre os sistemas privado, estatal e público de radiodifusão. O que se

observa no Brasil é o predomínio acachapante da radiodifusão privada, um sistema estatal quase insignificante e um sistema público praticamente inexistente. Mesmo iniciativas como a das rádios comunitárias, cujo objetivo declarado é o de aumentar a participação popular no setor, têm a sua implementação desvirtuada pela influência política na determinação dos beneficiados com a autorização, bem como pelo represamento, no órgão concedente, dos pedidos de licença para operação. Independentemente da investigação das causas desse fenômeno, os resultados concretos das políticas públicas costumam favorecer os concessionários privados já estabelecidos, integrantes do oligopólio comunicativo.

Ao menor aceno governamental na direção de simplesmente cumprir seus deveres constitucionais, a reação das grandes empresas de comunicação costuma ser de um alarmismo que, se pode ter algum efeito retórico (e o tem), não deveria, contudo, contaminar a discussão técnico-jurídica em torno do assunto. Nesses casos, verifica-se uma situação tragicamente irônica: sob o argumento genérico da liberdade de expressão, tem-se a defesa da liberdade de empresa dos proprietários dos meios de comunicação, com o concomitante cerceamento de quaisquer tentativas de estabelecer o contraditório, já que em suas mãos está o controle daquilo que é veiculado à população e, por conseguinte, das informações e opiniões que ingressam na esfera pública. Tais agentes são, a um só tempo, debatedores e mediadores da discussão, o que, em última análise, redundará na substituição do debate pelo monólogo. Nada mais contrário à democracia e ao pluralismo, dois princípios fundamentais da República brasileira.

Não bastasse o próprio vício de origem do sistema de concessões dos serviços de radiodifusão no Brasil, consistente na outorga de frequências de transmissão sem qualquer respeito ao princípio da impessoalidade, o atual quadro normativo é complacente com as situações geradas na ordem constitucional anterior (e mesmo na ordem vigente, até 1995, ao completo arrepio do art. 175 da Constituição, que, inequivocamente, exigiu o prévio certame para a concessão de serviços públicos), seja por estabelecer um processo de renovação quase que automático das concessões, seja por ignorar o interdito constitucional aos monopólios e oligopólios comunicativos, deixando de prever mecanismos eficazes para combater a concentrações horizontal, vertical e cruzada da mídia.

A liberdade de imprensa tem por pressuposto a própria existência de um Estado Democrático de Direito que a garanta. E a existência de um Estado com essas características,

onde vicejam a democracia e a liberdade, pressupõe uma leitura da Constituição que não converta a liberdade dos proprietários dos meios de comunicação em valor absoluto, nem confunda liberdade de imprensa com liberdade de empresa. A ausência de limites conduz a um estado de anomia (ou, pior que isso, à vigência da lei do mais forte) que, no fim das contas, sacrifica a própria liberdade de boa parte dos indivíduos.

Noutros tempos, a censura estatal reduziu a democracia a uma palavra lançada no texto constitucional. Hoje a censura privada cumpre o mesmo papel. As consequências negativas da interdição do debate público não se medem com base no autor da restrição, mas em seus resultados. Assegurar, mediante direitos prestacionais de comunicação, oportunidades expressivas a todos é, pois, condição sem a qual a democracia continuará presente no texto, mas ausente da vida.

REFERÊNCIAS

- ALBARRAN, Alan B.; MIERZEJEWSKA, Bozena I. *Media Concentration in U.S. and European Union: a comparative analysis*. Centre d'études sur les médias and Journal of Media Economics. 6th World Media Economics Conference. 12 a 15 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.cem.ulaval.ca/pdf/albarran_mierzejewska.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, André Mendes de. *Mídia eletrônica: seu controle nos EUA e no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983.
- ARIAS, Rafael Dias. *La libertad de programación en radiodifusión*. Facultad de Derecho: Universidade Complutense de Madrid, 2000.
- BAGDIKIAN, Ben H. *The new media monopoly*. 2. ed. Boston: Beacon Press, 2004.
- BAKER, Edwin C. *Media concentration and democracy: why ownership matters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BARRÓN, Jerome. Access to the press: a new First Amendment right. **In:** *Harvard Law Review*, Cambridge., v. 80, p. 1641-1678, 1967.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 8. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____ *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BIGLIAZZI, Renato. *A Constituição domada: democracia e o Conselho de Comunicação Social*. Brasília, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.
- _____ A memória do direito à comunicação. **In:** *Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación*, s.l., v. XI, n. 1, jan./abr. 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa:

as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **In:** SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 473-497.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da Política*. 10. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____ *O futuro da democracia*. 10. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BOLAÑO, Cesar Ricardo Siqueira. Mercado brasileiro de televisão, 40 anos depois. **In:** BRITTOS, Valério Cruz; BOLAÑO, César Ricardo Siqueira (Orgs.). *Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia*. São Paulo: Paulus, 2005, p. 35-55.

BOLLINGER, Lee C. Freedom of the press and public access: toward a theory of partial regulation of the mass media. **In:** *Michigan Law Review*, Ann Harbor., v. 75, nov. 1976, p. 1-41.

_____ The rationale of public regulation of the media. **In:** LICHTENBERG, Judith (Org.) *Democracy and the mass media*. New York: Cambridge University Press, 1990.

BRESSER-PEREIRA; Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). *O público-não estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____ *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. V. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____ *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTAÑO, Abel Arias. La *Sedition Act* de 1798 y El libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión. **In:** *Historia Constitucional*, Madrid, n. 10, p. 297-321, set. 2009.

CHELI, Enzo. *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/informazione/file/Libertà_informazione_RelazioneCheli.doc>. Acesso em: 28 fev. 2010.

COHEN, Ilka Stern. Diversificação e segmentação dos impressos. **In:** LUCA, Tânia Regina de; MARTINS, Ana Luíza (Orgs.). *História da imprensa no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2008.

CONGRESSO NACIONAL. *Concentração da Mídia: Debates no Conselho de Comunicação Social*. Brasília: Congresso Nacional, 2004.

CREMADES, Javier. *Los limites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: La Ley, 1995.

CROTEAU, David R.; HOYNES, William. *The Business of Media: corporate media and the public interest*. 2. ed. Thousand Oaks: Pine Forge Press, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CURRAN, James; SEATON, Jean. *Imprensa, rádio e televisão: poder ser responsabilidade*. Tradução de Maria Lurdes Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

DAHL, Robert A. *Um prefácio à democracia econômica*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

_____. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora da UnB, 2001.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DENNIS, Everette. A free and subsidized press? The European experience with newspapers subsidies and other government interventions. **In:** *News and the public interest: a free and subsidized press*. The 2004 Breaux Symposium. Manship School of Mass Communication. Louisiana State University, 20 mar. 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Edusp, 1999.

DUHALDE, Eduardo Luís; ALÉN, Luís Hipólito. *Teoría Jurídico-Política de la Comunicación*. Buenos Aires: Eudeba, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A justiça soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EKMEKDIJAN, Miguel Ángel. *Derecho a la información: reforma constitucional y libertad de expresión, nuevos aspectos*. 2. ed. Buenos Aires: De Palma, 1996.

ELEUTÉRIO, Maria de Lourdes. Imprensa a serviço do progresso. **In:** LUCA, Tânia Regina de; MARTINS, Ana Luíza (Orgs.). *História da imprensa no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2008.

FARACO, Alexandre Ditzel. Difusão do conhecimento e desenvolvimento. **In:** SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____ *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008.

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. *Report on editorializing by broadcast licensees*. Washington, 1949. Disponível em: <http://www.fcc.gov/Bureaus/Mass_Media/Databases/documents_collection/490608.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

FISS, Owen M. *Liberalism divided: freedom of speech and the many uses of State power*. Boulder: Westview Press, 1996.

_____ *A ironia da liberdade de expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOWLER, Mark S.; BRENNER, Daniel L. A Marketplace Approach to Broadcast Regulation. **In:** *Texas Law Review*, Austin, v. 60, p. 207-258, 1982.

GARDBAUM, Stephen. A reply to "The right of reply". **In:** *The George Washington Law*

- Review*, Washington, v. 76, n. 4, p. 1065-1072, jun. 2008.
- GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.
- GÖRGEN, James. Apontamentos sobre a regulação dos sistemas e mercados de comunicação no Brasil. **In:** SARAIVA, Enrique *et al.* (Orgs.). *Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.
- GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. V. 2. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUTWEIN II, Philip J. The FCC and Section 312(a)(7) of the Communications Act of 1934: the development of the “Unreasonable Access” Clause. **In:** *Federal Communications Law Journal*, Bloomington, v. 53, p. 161-183, dez. 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. 2. ed. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HALLIN, Daniel C.; MANCINI, Paolo. *Comparing media systems: three models of media and politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- HERZ, Daniel Kosłowsky. *Democratização da comunicação: a luta após a derrota da Constituinte*. Disponível em: <[http://www.danielherz.com.br/system/files/acervo/DANIEL/Democratizacao+da+Comunicacao+-+a+luta+apos+a+derrota+da+constituente\(texto\).pdf](http://www.danielherz.com.br/system/files/acervo/DANIEL/Democratizacao+da+Comunicacao+-+a+luta+apos+a+derrota+da+constituente(texto).pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2010.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.
- HIDALGO, Enrique. *Medios o democracia: el impacto de los medios de comunicación sobre la división de poderes*. Buenos Aires: Ediciones Colihue, 2005.
- HITCHENS, Lesley. *Broadcasting pluralism and diversity: a comparative study of policy and regulation*. Portland: Hart Publishing, 2006.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Regulating Media: the licensing and supervision of*

broadcasting in six countries. New York: The Guilford Press, 1996.

HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? Reflections on the origins and rationale of access regulation. **In:** LICHTENBERG, Judith (Org.). *Democracy and the mass media*. New York: Cambridge University Press, 1990.

INTERVOZES – COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. *Dossiê: Violações do direito à comunicação*. Brasil, 2008. Disponível em: <<http://www.intervozes.org.br/noticias/DossieConcessoesNov08.pdf>> . Acesso em: 28 fev. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KANT, Immanuel. Que significa orientar-se no pensamento? **In:** KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 39-55.

KEK – Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich. *Cross-Media Relations: a challenge for Media Concentration Control*. Summary of the Report 2007. Disponível em: <<http://www.kek-online.de/kek/download/mk-bericht/summary2003.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

LAURENZA, Ana Maria de Abreu. Batalhas em letra de forma: Chatô, Wainer e Lacerda. **In:** LUCA, Tânia Regina de; MARTINS, Ana Luíza (Orgs.). *História da imprensa no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2008.

LICHTENBERG, Judith. Foundations and limits of freedom-of the press. **In:** LICHTENBERG, Judith (Org.) *Democracy and the mass media*. New York: Cambridge University Press, 1990.

LIMA, Venício A. de. *Mídia: Teoria e Política*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

LIMA, Venício A. de; LOPES, Cristiano Aguiar. *Rádios Comunitárias: Coronelismo eletrônico de novo tipo (1999-2004)*. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/download/Coronelismo_eletronico_de_novo_tipo.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, Cristiano Aguiar. *Política pública de radiodifusão comunitária no Brasil: exclusão como estratégia de contra-reforma*. Brasília, 2005. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÓPEZ, Modesto Saavedra. *La libertad de expresión en El Estado de derecho: entre la teoría y la realidad*. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MATTOS, Fernando; SIMÕES, Cassiano Ferreira. Elementos histórico-regulatórios da televisão brasileira. **In:** BOLAÑO, César Ricardo Siqueira; BRITTOS, Valério Cruz (Orgs.). *Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia*. São Paulo: Paulus, 2005, p. 35-55.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais. **In:** *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano IV, v. 15, p. 284-288, jan./mar. 1971.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENEZES, Esther *et al.* *Análise das condições brasileiras para a introdução da tecnologia digital na transmissão terrestre de televisão*. Campinas: Fundação CPqD, 2002. Disponível em: <http://www.itvproducoesinterativas.com.br/pdfs/relatorios/Modelo_de_implantacao-III.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora,

1994.

OPEN SOCIETY INSTITUTE/EU MONITORING AND ADVOCACY PROGRAM (OSI/EU). *Television across Europe: regulation, policy and independence*. Budapest, 2005.

_____ *Television across Europe: follow-up reports 2008 – Italy*. Budapest, 2008.

PADOVANI, Cinzia. Pluralism of information in the television sector in Italy: history and contemporary conditions. **In:** CZEPEK, Andrea *et al.* (Orgs.). *Press freedom and pluralism in Europe*. Bristol: Intellect Books, 2009.

POPPER, Karl; CONDRY, John. *Televisão: um perigo para a democracia*. 3. ed. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2007.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. Tradução de Rita Lima. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RAINEY, R. Randall. The Public's Interest in Public Affairs Discourse, Democratic Governance, and Fairness in Broadcasting: A Critical Review of the Public Interest Duties of the Electronic Media. **In:** *Georgetown Law Journal*, Washington, v. 82, p. 269-372, 1993.

RAMOS, Murilo Cesar. A força de uma aparelho privado de hegemonia. **In:** BRITTOS, Valério Cruz; BOLAÑO, César Ricardo Siqueira (Orgs.). *Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia*. São Paulo: Paulus, 2005, p. 57-76.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2000.

_____ *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita Maria Rimonli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Ana Paulo Goulart. A imprensa da independência e o Primeiro Reinado: alguns apontamentos. **In:** *Pauta Geral*, Florianópolis, v. 1, n. 9, p. 17-32, 2007.

RIVERA, Julio César. *La Constitucionalidad del Derecho de Rectificación o respuesta*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

- RIVERO, Jean. *Liberdades públicas*. Atualizado por Hugues Moutouh. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RUANE, Kathleen Ann. *Fairness Doctrine: history and constitutional issues*. Washington: Congress Research Service, 2009.
- SABAU, José Ramón Polo. *Libertad de expresión y derecho de acceso a los médios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- SANTOS, Suzy dos; CAPPARELLI, Sérgio. Coronelismo, radiodifusão e voto: a nova face de um velho conceito. **In:** BRITTOS, Valério Cruz; BOLAÑO, César Ricardo Siqueira (Orgs.). *Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia*. São Paulo: Paulus, 2005, p. 77-101.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STOPPINO, Mario. Poder. **In:** BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de Política*. V. 2. 6. ed. Brasília: Ed. UnB, 1994, p. 933-943.
- SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The free Press, 1993.
- _____. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- THE COMISSION ON FREEDOM OF THE PRESS. *A free and responsible press: a general report on mass communication*. Chicago: The University of Chicago Press, 1947.
- VAN CUILENBURG, Jan. On competition, access and diversity in media, old and new. **In:** *New*

Media & Society, London, v. 1, n. 2, p. 183-207, 1999.

WEBERLING, Johannes. Os limites que devem ser respeitados na distribuição de publicidade oficial tomando como exemplo a campanha publicitária Hartz IV – 2004 do Governo Federal. **In:** HOFMEISTER, Wilhelm (Org.). *A mídia entre regulamentação e concentração*. Cadernos Adenauer, ano VIII, n. 4. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, jan. 2008.

XIFRA-HERAS, Jorge. *A informação: análise de uma liberdade frustrada*. Tradução de Gastão Jacinto Gomes. São Paulo: Edusp, 1975.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007.

BASES DE DADOS JURISPRUDENCIAIS CONSULTADAS

Conselho Constitucional da República Francesa <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>

Corte Constitucional da República Italiana <<http://www.cortecostituzionale.it>>

Cortes de Apelações dos EUA <<http://openjurist.org/>>

Superior Tribunal de Justiça <<http://www.stj.jus.br>>

Suprema Corte dos EUA <<http://supreme.justia.com/index.html>>

Supremo Tribunal Federal <<http://www.stf.jus.br>>

Tribunal Constitucional da Espanha <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/Home.aspx>>

Tribunal Constitucional Federal Alemão <<http://www.verfassungsrecht.ch/>>