



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

HENRICO PERSEU BENÍCIO RODRIGUES

**MÍDIA E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DO DESALINHO ENTRE A PREVISÃO
CONSTITUCIONAL E A REALIDADE DA RADIODIFUSÃO NO BRASIL**

FORTALEZA

2018

HENRICO PERSEU BENÍCIO RODRIGUES

MÍDIA E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DO DESALINHAMENTO ENTRE A PREVISÃO
CONSTITUCIONAL E A REALIDADE DA RADIODIFUSÃO NO BRASIL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

R613m Rodrigues, Henrico Perseu Benício..

Mídia e democracia: uma análise do desalinho entre a previsão constitucional e a realidade da radiodifusão no Brasil/ Henrico Perseu Benício Rodrigues. – 2018.
81 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Gustavo Cesar Machado Cabral.

1. Democracia. 2. Radiodifusão. 3. Pluralismo. 4. Regulação de mídia. 5. Comunicação social
Impeachment. I. Título.

CDD 340

HENRICO PERSEU BENÍCIO RODRIGUES

MÍDIA E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DO DESALINHO ENTRE A PREVISÃO
CONSTITUCIONAL E A REALIDADE DA RADIODIFUSÃO NO BRASIL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Felipe Lima Gomes
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. David Barbosa de Oliveira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

*Às mulheres da minha vida, Rita, Natasha,
Petty e Percides; ao meu filho, Henrico
Perseu; à minha tia/mãe, Jocide, por todo o
exemplo de amor e superação que me dá.*

AGRADECIMENTOS

Não seria possível concluir esta difícil etapa da minha jornada sem a ajuda, direta ou indireta, de um incontável número de pessoas queridas. Correndo o risco de deixar alguma(s) de fora, nomino, pelo menos, a grande maioria abaixo.

Inicialmente, devo este momento à Natasha, pelo entendimento e apoio nas horas em que precisei me afastar e pelo ânimo e alegria que me dava nos momentos em que não estava dedicado a este trabalho. Este trabalho é mais seu do que meu, amor.

Meus filhos, que possam perdoar-me um dia pelos momentos de ausência, mas saibam que este trabalho foi feito pensando muito mais em vocês do que em mim.

À minha família, em especial à minha vó Percides, pelo exemplo diário de luta, amor, compaixão e dedicação àquilo que amamos. Esse trabalho não seria possível sem isso.

À minha mãe/tia, agora in memoriam, Jocide, que me ensinou a amar e lutar até o fim de tudo, independente das circunstâncias. Saber que, nos seus últimos momentos, esse trabalho trouxe alguma alegria para você, é motivo de grande felicidade e orgulho para mim.

Aos meus amigos, colegas de trabalho e todos os que, ainda que remotamente, contribuíram para este momento. Meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho discute o papel da mídia eletrônica, notadamente televisiva, no ambiente democrático nacional, tendo por pano de fundo as definições trazidas ao assunto pela Constituição Federal de 1988. Tentar-se-á demonstrar de que forma o desalinhamento entre o arcabouço legal e as normas constitucionais, alinhadas ao histórico de formação dos grandes grupos de mídia no Brasil podem ser prejudiciais ao ambiente democrático pluralista, outra previsão feita pelo Constituinte de 1988. Para que se chegue a esta conclusão, será necessário, inicialmente, apresentar as características da mídia de massa, passando pelos conceitos de comunicação, comunicação de massa e as formas pelas quais a mídia de massa influencia a opinião pública. Em seguida, serão analisadas as posturas que o Estado pode adotar com relação à comunicação social, analisando exemplos aplicados e discutidos em alguns países, bem como apresentando o tratamento conferido à matéria no Brasil. Por derradeiro, será discutido como e por que o modelo brasileiro necessita de uma regulação da comunicação social, para que esteja baseada nos anseios do constituinte, revestindo-se, assim do conteúdo pluralista preconizado pela Constituição Federal. A metodologia utilizada contemplou pesquisa bibliográfica e documental, sobretudo obras de direito, ciência política e relativas à comunicação e estatísticas e estudos por núcleos de estudos voltados ao pluralismo na mídia no Brasil.

Palavras-chave: Democracia. Comunicação social. Pluralismo. Regulação estatal.

ABSTRACT

This paper discusses the role of electronic media, notably television, in the national democratic environment, based on the definitions brought to the subject by the Federal Constitution of 1988. It will be demonstrated how the dislocation between the legal framework and norms constitutional, in line with the history of formation of large media groups in Brazil, may be detrimental to the pluralistic democratic environment, another prediction made by the 1988 Constituent Assembly. In order to achieve this conclusion, it will be necessary to present the characteristics of the mass media, through the concepts of communication, mass communication and the ways in which the mass media influences public opinion. Next, it will be analyzed the positions that the State can adopt regarding social communication, analyzing examples applied and discussed in some countries, as well as presenting the treatment given to the subject in Brazil. Lastly, it will be discussed how and why the Brazilian model needs a regulation of the media, so that it is based on the yearnings of the constituent, thus covering the pluralist content advocated by the Federal Constitution. The methodology used included bibliographic and documentary research, mainly works of law, political science and related to communication and statistics and studies by groups of studies focused on media pluralism in Brazil.

Keywords: Democracy. Social Communication. Pluralism. State regulation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	COMUNICAÇÃO SOCIAL E DEMOCRACIA.....	14
2.1	Sociedade de massa e comunicação de massa: conceituação e contextualização.....	14
2.2	A importância dos meios de comunicação de massa na disseminação de informações e na formação de opiniões.....	16
2.3	Interfaces da comunicação social com a opinião pública e com a democracia.....	18
3	O PAPEL DO ESTADO EM FACE DA COMUNICAÇÃO SOCIAL.....	23
3.1	Histórico e possibilidades da atuação estatal em face da comunicação social.....	23
3.1.1	<i>Estados Unidos da América.....</i>	24
3.1.1.1	Fairness doctrine.....	27
3.1.2	<i>União Europeia.....</i>	30
3.1.3	<i>Alemanha.....</i>	31
3.1.4	<i>França.....</i>	33
3.1.4	<i>Argentina.....</i>	34
3.2	A radiodifusão no Brasil.....	38
3.3	Conflito entre a realidade brasileira de radiodifusão e a filiação do Constituinte de 1988	41
4	REGULAÇÃO DE MÍDIA NO BRASIL.....	48
4.1	Regulação X Censura.....	49
4.2	Por que (e como) regular mídia.....	53
4.2.1	<i>As relações entre empresas de mídia e políticos no Brasil</i>	55
4.3	Premissas para um modelo de regulação de mídia no Brasil.....	60
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
	REFERÊNCIAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

Com a pulverização das redes sociais e o crescimento do acesso à *internet* no Brasil, um primeiro questionamento do leitor ao se deparar com o tema do presente trabalho poderia ser: anda vale a pena discutir radiodifusão no Brasil? Os números apresentados abaixo indicam que sim.

De acordo com a Pesquisa Brasileira de Mídia de 2016¹ (PBM 2016), 70% (setenta por cento) dos entrevistados tem como fonte primária para obtenção de notícias a televisão ou o rádio². Tal informação, quando combinada com o dado que afirma que 77% (setenta e sete por cento) dos entrevistados assiste à televisão diariamente, com uma média de 201,3 minutos por dia, contra apenas 50% (cinquenta por cento) que acessam à *internet* como rotina diária, numa média diária de 283,8 minutos, aponta para uma maior penetração da televisão no cotidiano do brasileiro, se comparada com a *internet*.

Além disso, a confiança do usuário é fator preponderante para formação de suas convicções com base nas informações recebidas. Ainda de acordo com o PBM 2016³, para aqueles que assistem TV, 54% (cinquenta e quatro por cento) confiam sempre ou muitas vezes nas notícias a que tem acesso. Entre os usuários de *internet*, estes números caem para 20% (vinte por cento), considerando as notícias de sites, 11% (onze por cento), considerando as notícias de *blogs* e 14% (catorze por cento) considerando as notícias recebidas por redes sociais.

Se tal fato mostra uma possível criticidade e ceticismo do usuário de *internet* – o que é avaliado de forma positiva por este trabalho – apresenta também, entretanto, uma confiança exacerbada dos usuários com o conteúdo veiculado na TV. Tal dado, se somado à grande penetração da TV (e rádio) no território nacional, bem como à preferência da população brasileira por este meio de comunicação, aponta para a importância do debate sobre a radiodifusão no Brasil, mormente quando o texto constitucional vigente apresenta um capítulo inteiramente dedicado ao assunto.

¹SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL, Pesquisa Brasileira de Mídia 2016: relatório final. Brasília, 2016. disponível em <<http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2016-1.pdf/view>>, acesso em 16 de janeiro de 2018.

² Ibidem, p.14

³Ibidem, p.2

Tendo o Brasil uma taxa de analfabetismo ainda de 7,2% de sua população, segundo o PNAD 2016⁴, sem considerar as taxas de analfabetismo funcional, e contando o sistema de radiodifusão com entrada em praticamente 100% dos lares⁵, é de se perquirir se há alguma relação entre estas informações (alto índice de analfabetismo, grande penetração da radiodifusão, preferência do usuário pela televisão). Outro ponto de interesse deste trabalho é avaliar de que forma a mídia de massa contribui para formação de opinião dos cidadãos.

Feito este introito acerca da relevância da radiodifusão no cenário democrático nacional, cumpre destacar que o presente trabalho tem como objetivo maior analisar o desalinhamento entre o arcabouço legal/institucional brasileiro para a radiodifusão e as definições trazidas pelo constituinte de 1988. A partir da análise das antigas e atuais estruturas legais voltadas à radiodifusão, das discussões em torno das mesmas, bem como de aspectos institucionais ligados ao tema, são apresentados os pontos de colisão com o atual texto constitucional, bem como as oportunidades que o Estado teria para agir ou para aprimorar suas ações no intuito de cumprir o desiderato da Carta Magna.

Apresentada esta situação de fato, o trabalho aponta que um caminho possível a seguir seria um com maior intervenção (ou mediação) estatal na radiodifusão, sobretudo na mídia televisiva, ante a sua ainda inegável influência e penetração no território nacional - o que, aliado a outros fatores que serão explorados no texto - confere a tal tipo de mídia o papel de grande palco e de grande propulsor dos debates dentro de um ambiente democrático, e ante as demonstrações do uso das concessões de radiodifusão por políticos - algo proibido pela Constituição Federal.

Esta maior - ou mais efetiva - intervenção estatal tem por objetivo estabelecer as condições para que a mídia de massa cumpra sua missão democrática⁶. No entanto, deve ser revestida das justificativas e precauções adequadas para que, principalmente, não ocorram duas situações: a mediação estatal transmute-se em censura dissimulada ou, ainda, sirva como instrumento de manobra das massas pelo grupo político ocupante do poder.

Este trabalho, assim, terá o seguinte roteiro: no primeiro capítulo procurar-se-á apontar, com base em levantamento bibliográfico, de que forma a mídia influencia a formação de opiniões nos debates envolvendo temas gerais da sociedade. Para tanto, serão apresentados os conceitos de sociedade de massa, comunicação de massa e algumas teorias que indicam

⁴ BRASIL. IBGE. COORDENAÇÃO DE TRABALHO E RENDIMENTO. Educação 2016. Brasília. IBGE, 2017.

⁵ MIGUEL, Luis Felipe. Meios de comunicação de massa e política no Brasil. Diálogos latinoamericanos, n. 3, 2001.

⁶ BARBOSA, Rui. A imprensa e o dever da verdade. São Paulo: Ed. Papagaio, 2004, p. 33

como a comunicação é capaz de influenciar o debate público e o que torna, muitas vezes, esta influência negativa. À guisa de conclusão do capítulo, tentar-se-á apontar os potenciais prejuízos ao ambiente democrático, mormente no que toca à falta de robustez no debate público, derivadas do controle das estruturas de mídia por grupos econômicos e/ou grupos políticos.

O capítulo seguinte abordará as formas em que o Estado pode atuar para conter eventuais influências negativas da mídia no ambiente democrático e no debate público. Para tanto, serão apresentados alguns exemplos de atuação de algumas nações modernas ocidentais que poderiam, na visão adotada neste trabalho, contribuir para o aprimoramento do cenário brasileiro neste tocante. Antes de indicar os aspectos negativos do quadro geral da comunicação social brasileira (legal, institucional e de fato), tendo por norte o capítulo da Constituição Federal reservado ao tema, será feita uma breve abordagem histórica, investigando as raízes do modelo vigente e buscando os elementos prejudiciais ao pluralismo que remanescem até os dias atuais, numa tentativa de verificar as possíveis causas dos problemas suscitados.

No terceiro capítulo será apresentada a necessidade de realização de regulação da mídia de radiodifusão no Brasil, de que forma tal regulação poderia acontecer e, ainda, quais as precauções a serem adotadas de forma a impedir que esta transmute-se em censura ou seja utilizada como ferramenta de manobra política.

A necessidade de regulação, como apresentada no seu respectivo capítulo, baseia-se, sobretudo, no desencontro entre os preceitos constitucionais aplicáveis ao tema e o quadro geral da mídia de massa no país, e, também, pelo envolvimento dos grupos de mídia com os políticos e, ainda, pela patente – e prejudicial – concentração econômica desses grupos no país. Um adendo necessário – ante a celeuma que a simples menção à regulação de mídia causa – é a distinção entre regulação estatal e censura, conceitos tratados de forma separada até mesmo no texto constitucional. O constituinte de 1988 fez, em diversas passagens do texto, uma clara opção pela vedação a qualquer tipo de censura, escolha esta corroborada por este trabalho. Por fim, serão apresentadas as principais deficiências do modelo de radiodifusão atual e de que forma o mesmo poderia ser aprimorado para que encontre amparo no modelo definido pelo Constituinte.

2 COMUNICAÇÃO SOCIAL E DEMOCRACIA

2.1 Sociedade de massa e comunicação de massa: conceituação e contextualização.

Antes de se adentrar ao cerne do presente estudo, cumpre pontuar alguns conceitos importantes que serão utilizados ao longo deste trabalho. Não há, por certo, uma conceituação precisa, que esgote qualquer discussão quanto ao tema em estudo. Apresentaremos, assim, os conceitos que coadunam-se a presente linha de pesquisa, conforme apontamos na Introdução.

Segundo Maria Helena Abdo, a denominada sociedade de massas tem como grande característica a união de indivíduos heterogêneos em torno de uma cultura comum, a qual possui padrões e que, paulatinamente, torna maior o contraste entre as idiosincrasias de cada indivíduo e aquilo que possuem em comum⁷.

Note-se que o conceito de massa, inicialmente, possuía, inicialmente, uma conotação pejorativa⁸, tratando os componentes da massa como pessoas ignorantes e potencialmente irracionais, com dificuldade para seguir regras, sendo este o sentido conferido ao termo pelos primeiros sociólogos.

Outra distinção importante a ser feita trata dos conceitos de massa, grupo, multidão e público. No grupo, todos os membros teria relações entre si, partilhando valores comuns, com interação para obtenção de seus desideratos. A multidão, por sua vez, partilha características semelhantes ao grupo, sendo, no entanto, temporária e mais restrita, atuando de forma mais irracional. O público tem propósito específico, sendo elemento essencial na democracia política, baseado no discurso racional⁹.

Comunicação de massa é um conceito surgido por volta dos anos 1930¹⁰ pode ser definida, nas palavras de Abdo¹¹, como a encarregada da transmissão pública e massiva de mensagens em um único sentido. A relação, assim, é “inevitavelmente num só sentido e impessoal e existe distância social e física entre o emissor e o receptor”¹².

Deduz-se dos conceitos acima que a interação com a informação recebida não é o foco principal dos estudos sobre comunicação de massa, o qual tem por escopo,

⁷ABDO, Helena Najjar. *Mídia e processo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 66.

⁸MCQUAIL, Denis. *Teoria da comunicação de massas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 41

⁹*Ibidem*, p. 43

¹⁰*Ibidem*, p. 41.

¹¹ABDO, *op. cit.*, p. 67.

¹²MCQUAIL, *op. cit.*, p. 41

principalmente, as maneiras pelas quais reage o receptor às mensagens que lhe são entregues e a forma pela qual o propagador da mensagem pode influenciar o receptor, uma vez que a comunicação de massa, por definição, é pensada para atingir o máximo possível de pessoas, tendo o emissor uma clara posição de autoridade perante o receptor.

Para Miguel¹³, a mídia é um fator central da vida política atual, não sendo possível mudar este fato. Já Sartori, em seu artigo “Videopolítica”¹⁴, aponta a influência específica da televisão como o principal óbice ao fortalecimento das democracias ocidentais. Habermas¹⁵ reconhece que a manipulação do conteúdo da mídia é algo de difícil acesso aos que não estão dentro do sistema político ou que não pertençam aos grandes grupos de mídia.

Tal conceito é reforçado por Richard Gunther e Anthony Mughan¹⁶, ao afirmarem que “*the massa communication media are the connective tissue of democracy*”, sendo o principal meio pelo qual os cidadãos se informam sobre os seus representantes e por estes são influenciados.

Num cenário ideal, os meios de comunicação em massa, através da informação que conferem ao público, servem como elemento-chave para o controle popular do governo em uma democracia que seja responsiva e responsável¹⁷, devendo a mídia de massa guardar duas garantias básicas: a primeira referente ao livre acesso da população às informações políticas. A segunda diz respeito à não influência arbitrária do governo na mídia, por meio da institucionalização do pluralismo neste setor¹⁸.

Macquail afirma que meios de comunicação de massa, quando organizados de maneira adequada e especialmente quando abertos, livres e diversificados, podem ser considerados como as mais importantes instituições intermediárias da sociedade civil¹⁹.

Para Livingstone, a mídia de massa tem o papel de gerar alguma espécie de consenso entre os políticos e os cidadãos, nas suas próprias palavras “*the mass media play a crucial role in the modern political process, for even in elite forms of democracy, the polity requires some mediated communication with the populace to gain consent*”²⁰.

¹³ MIGUEL, Luis Felipe. Os meios de comunicação e a prática política. Lua Nova, N. 55-56, 2002.

¹⁴ SARTORI, Giovanni. La opinión teledirigida. Videopolítica. Claves de razón práctica, n.º 79, 1998.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

¹⁶ GUNTHER, Richard e MUGHAN, Anthony. Democracy and the media: a comparative perspective. New York, Cambridge University Press, 2000, p. 1.

¹⁷ *Ibidem*, p. 4.

¹⁸ *Ibidem*, p. 5.

¹⁹ MCQUAIL, *op. cit.*, p. 160.

²⁰ LIVINGSTONE, S., e LUNT, P. The mass media, democracy and the public sphere. In Talk on Television: Audience participation and public debate. London: Routledge, 1994.

Para McQuail²¹, o termo “mídia de massas” “é uma abreviatura para descrever meios de comunicação que operam em grande escala, atingindo e envolvendo virtualmente quase todos os membros de uma sociedade, em maior ou menor grau”.

Owen Fiss conceitua democracia como “um exercício de autogovernança coletiva, requerendo que oficiais governamentais sejam escolhidos pelo povo e que o Estado seja responsivo aos desejos e interesses do povo”²². Some-se a esta definição os conceitos de meio de comunicação apresentados acima e tem-se já uma primeira noção da importância dos meios de comunicação ao bom desenvolvimento de um ambiente democrático.

2.2 A importância dos meios de comunicação de massa na disseminação de informações e na formação de opiniões

A comunicação de massa tem, precipuamente, e ainda de acordo com Abdo, as seguintes funções: informar, entreter, educar, difundir a cultura, fiscalizar a atuação de órgãos públicos e seus servidores (*watchdog function*), estimular o debate sobre assuntos relevantes, delimitar matérias a serem debatidas (*agenda setting function*), entre outras²³.

A ênfase neste ponto do trabalho será dada a função de *agenda setting*, tendo em vista ser este o elo mais direto entre mídia de massa e democracia. Para Abdo, a agenda setting permite que se delimite aquilo que será discutido, o que não será e a intensidade da discussão. Em suas próprias palavras²⁴:

No exercício da função de agenda *setting function*, os meios de comunicação em massa “participam diretamente do processo de “construção” ou “criação” de notícias (newsmaking), uma vez que lhes cabe selecionar as informações a serem divulgadas e conferir-lhes a respectiva dimensão e importância. Em outras palavras, os mass media demilitam os temas a serem publicamente debatidos ao estabelecerem (a) quais eventos, questões e matérias devem ser incluído ou excluídos desse debate público e (b) qual a ênfase a ser conferida a tais eventos, questões e matérias perante a atenção do público receptor.

Na obra que difundiu o conceito de *agenda setting*, os autores chegaram a conclusão que é mais plausível afirmar que os eleitores foram influenciados pelos canais de mídia de massa. Assumir entendimento diverso seria, de acordo com os autores, afirmar que

²¹ McQUAIL, *op. cit.*, p. 18.

²² FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 2005., p. 99

²³ ABDO, *op. cit.*, p. 69.

²⁴ *Ibidem*, p. 71

os eleitores possuíam outras fontes de informação para decidir sobre o seu voto, fato que, na pesquisa em questão, não ocorreu²⁵.

Os estudos sobre as influências dos meios de comunicação no comportamento da sociedade não são recentes. De acordo com Mcquail²⁶, tais estudos datam de antes da Segunda Guerra Mundial. Um dos estudiosos atuais do tema, John R. Zaller, afirma que a análise da opinião pública requer atenção a dois pontos: como os cidadãos obtêm informações sobre os assuntos correntes na sociedade e como eles convertem estas informações em opiniões²⁷.

Para Zaller, é quase impossível que um cidadão receba e leve em consideração todas as informações necessárias sobre determinado tema. Em suas palavras²⁸:

The information that reaches the public is never a full record of important events and developments in the world. It is, rather, a highly selective and stereotyped view of what has taken place. It could hardly be otherwise. But even if it could, the public would have little desire to be kept closely informed about the vast world beyond its personal experience. It requires news presentations that are short, simple, and highly thematic – in a word, stereotyped²⁹.

Referido autor desenvolveu um modelo para avaliar a influência da mídia na formação de opinião, baseado nos dois tópicos acima, divididos em quatro grandes axiomas: (i) quanto maior o engajamento de uma pessoa com determinado assunto, maiores são as chances de ela receber informações sobre aquele tema²⁹; (ii) as pessoas tendem a resistir aos argumentos que são inconsistentes com suas predisposições políticas, mas só o fazem quando possuem o contexto necessário a relacionar a mensagem às suas crenças³⁰; (iii) quanto mais recente a informação for na mente do receptor, maiores as chances de ele utilizar esta informação para formação de uma opinião³¹; (iv) indivíduos responderam a perguntas da pesquisa pela média através das considerações que são imediatamente saliente ou acessível a eles³².

Uma das primeiras conclusões do trabalho de Zeller é que quanto mais informações confrontantes um cidadão receber, mais ambivalentes serão suas opiniões sobre

²⁵ MCCOMBS, Maxwell E.; SHAW, Donald L. The agenda-setting function of mass media. *Public opinion quarterly*, v. 36, n. 2, 1972, p. 176-187.

²⁶ BENS, de Els; GOLDING, Peter; McQUAIL, Denis (edit.). *Communication theory and resarch*. Londres: Sage publications Id, 2005 P. 12.

²⁷ ZALLER, John R. *The nature and tthe origin of mass opinion*. New York: Cambridge university press, 1992 p. 40.

²⁸ *Ibidem*, p. 7.

²⁹ *Ibidem*. p. 42.

³⁰ *Ibidem*, p. 44.

³¹ *Ibidem*, p. 48

³² *Ibidem*, p. 49

determinado assunto³³. Outra conclusão, apresentada com mais destaque, trata do principal argumento da obra. Para Zeller, muitos cidadãos não conseguem responder criticamente sobre matérias políticas, mas são mais prolíficos quando instados a tratar de assuntos que estejam sendo veiculados pelos meios de comunicação de massa³⁴.

Muito embora não seja objeto do presente trabalho a descrição minuciosa dos diversos processos que contribuem para a formação de opinião a partir dos meios de comunicação, é importante, para que saia da declaração vazia “os meios de comunicação de massa influenciam na formação de opinião” sem a apresentação de alguns elementos que comprovem este alegado fato.

A opinião pública, a grosso modo, é entendida como um fenômeno psicossocial das massas, revelando uma tendência à unidade pensamentos em assuntos sobretudo voltados ao campo político³⁵. Os conceitos de opinião pública e opinião majoritária não podem ser confundidos, no entanto, uma vez que a opinião pública constitui uma tendência central, formada pela concorrência de diversas opiniões, inclusive antagônicas³⁶.

Os meios de comunicação de massa alavancaram tais estudos, principalmente a partir dos anos de 1940. A primeira teoria utilizada para explicar a formação da opinião pública, em cotejo com os meios de comunicação de massa foi a *Bullet Theory*, a qual comparava os efeitos das informações emanadas dos meios de comunicação de massa com uma bala que atingia seu alvo de forma precisa³⁷. Tal teoria tinha as seguintes premissas: (i) o público objeto da informação não guardava diferenças entre si; (ii) as mensagens tinham grande poder de persuasão; (iii) a massa não teria qualquer proteção quanto às informações enviadas³⁸.

Vê-se que a teoria antiga guarda pouca relação com o status atual do tema. Com o passar do tempo, outros elementos importantes foram agregados aos estudos da matéria, a exemplo das diferenças individuais com relação às mensagens enviadas e, ainda, com relação ao poder crítico da massa às informações recebidas.

Os estudos avançaram, tendo sido desenvolvida uma nova teoria, dando conta que no processo de comunicação existiriam duas fases, uma na qual os meios de comunicação atingiam os “formadores de opinião” e outra na qual tais formadores replicavam a informação

³³ *Ibidem*, p. 59.

³⁴ *Ibidem*, p. 311

³⁵ ABDON, *op. cit.*, p. 74.

³⁶ *Ibidem*, p. 74.

³⁷ *Ibidem*, p. 75,

³⁸ *Ibidem*, p. 75

e influenciavam pessoas a princípio imunes à influência da mídia³⁹, no que ficou conhecido como o *two-step flow of communication*.

Na década de 1960, elementos psicossociais foram agregados aos estudos sobre o tema, definindo as seguintes premissas: (i) os indivíduos com opiniões dissonantes são intimidados pela sociedade, correndo risco de isolamento; (ii) o medo do isolamento é uma constante nos indivíduos, o que os leva a buscar opiniões de consenso com relação aos assuntos discutidos na sociedade; e (iv) este processo de busca de consenso afeta diretamente as opiniões expressadas – ou não – por cada indivíduo⁴⁰.

Tais premissas compunham a denominada teoria da espiral do Silêncio, desenvolvida por Elisabeth Noelle-Neumann⁴¹, e tem certa prevalescência até os dias atuais. Por meio de tal teoria, é possível encontrar o papel crucial dos meios de comunicação de massa, uma vez que, sendo estes a “voz” do consenso, seriam o canal por meio do qual os cidadãos buscariam o consenso.

As teorias apontadas acima se não esgotam o tema e tampouco tem o condão de estabelecer, de forma segura, todos os processos de formação de opiniões dos cidadãos, deixa claro que a mídia é – sem dúvidas – fator de grande peso nesse processo, motivo pelo que este trabalho segue pela linha da importância do alinhamento de suas estruturas ao arcabouço constitucional dedicado à comunicação social.

2.3 Interfaces da comunicação social com a opinião pública e a democracia.

Antes da eclosão da internet, a mídia costumava ser dividida, a grosso modo, em três modelos, divididos com base na relação entre os meios de comunicação de massa e o sistema político, a saber: (i) modelo pluralista polarizado, adotado em países como Itália, Portugal e Espanha, no qual prevalece baixa circulação de jornais, os quais são orientados basicamente à elite e tendo a mídia eletrônica como elemento centro no mercado de informação; (ii) modelo corporativista-democrático, que prevalece em nações como Dinamarca, Suécia, Finlândia, Alemanha e Suíça, no qual há grande desenvolvimento da liberdade de imprensa e dos jornais impressos, estando estes ligados a grupos sociais organizados; (iii) modelo liberal, prevalecente nos Estados Unidos da América, Canadá e

³⁹ *Ibidem.*, p. 77

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 78.

⁴¹ NEUMANN-NOELE, Elisabeth. *La spirale del silenzio: per una teoria dell'opinione pubblica*. Roma, Meltemi, 2002.

Inglaterra, o qual possui uma imprensa comercial bastante desenvolvida, com alta diversidade interna⁴².

O primeiro modelo, também denominado mediterrâneo, tem predominância de uma baixa circulação de jornais impressos, com orientação destes para as elites, e dependentes de subsídios (patrocínio) estatais para sobreviver. Nem sempre há um sistema público de televisão e, quando existe, é tendente a apoiar as políticas do governo da vez. Predomina o jornalismo opinativo⁴³.

O segundo modelo possui uma indústria jornalística precoce, com ampla liberdade de imprensa, a qual, por conta da ligação dos jornais com grupos sociais organizados, possui alto grau de paralelismo político, com ênfase no jornalismo de informação, e não da opinião, embora este exista. Nestes países, a mídia goza, de forma geral, de grande confiança da população⁴⁴. No que pertine à mídia eletrônica (rádio e televisão), predomina uma mescla entre mídia pública bem estabelecida, com ampla participação dos partidos e uma mídia comercial altamente profissionalizada e desenvolvida.

Ainda quanto ao segundo modelo, é algo que McQuail considera válido, que não afeta o ambiente democrático, consistindo sua singularidade na “fidelização dos seus leitores pela pertença a um partido, no seu sectarismo e na sua função mobilizadora para objetivos partidários⁴⁵”.

O terceiro modelo, a seu turno, tem uma imprensa comercial desenvolvida de forma precoce e massificada, com predominância de um jornalismo voltado para a informação, com baixa regulação do Estado nas atividades da imprensa⁴⁶.

A divisão em modelos não significa, por óbvio, que cada um dos países listados em cada modelo acima tenha, exatamente, as características ali descritas. Para os fins deste trabalho, importa saber em qual modelo, teoricamente, seria enquadrada a realidade brasileira, para que constataremos eventuais pontos falhos no que pertine à promoção de um ambiente democrático que favoreça um debate público plural.

Com base na divisão proposta acima, não é difícil depreender que o mercado de mídia brasileiro aproxima-se do modelo pluralista-polarizado, tendo, especificamente, quatro

⁴² AZEVEDO, Fernando Antônio. Mídia e democracia no Brasil. Revista Opinião Pública, Campinas, Vol. 12, n.º1, Abril/Maio 2006, p. 90.

⁴³ *Ibidem*, p. 90.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁵ MCQUAIL, *op. cit.*, p. 23

⁴⁶ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 91

características marcantes, quais sejam: (i) surgimento tardio da imprensa; (ii) baixa circulação de jornais; (iii) orientação para as elites; e (iv) centralidade da televisão no sistema de mídia⁴⁷.

Pensar no surgimento da imprensa no Brasil nos remete à proibição, durante o período colonial, da existência de jornais impressos no país, fato que só encontrou um fim com a vinda Corte ao Brasil, em 1808. Neste ano, foram criados os dois primeiros jornais do país: o Correio Braziliense, editado e distribuído a partir de Londres, e a Gazeta do Rio de Janeiro, primeiro jornal impresso no Brasil, mas cuja pauta era limitada à publicação dos decretos da corte e às atividades da família real⁴⁸.

Novos jornais somente surgiram a partir de 1821, estando ligados aos grupos liberais e maçonaria (pro-independência). Ao longo do século XIX, vários outros jornais surgiram, mas apenas na virada para o século XX os maiores jornais, com circulação além da regional, surgiram (o Estado de São Paulo e o Jornal do Brasil). No início do século XX, a Folha de São Paulo e O Globo estabeleceram-se⁴⁹.

Com a chegada da televisão somente na década de 1950 e expansão do seu uso na década de 1970, não é demais afirmar que o mercado de mídia no Brasil tem formação tardia. Some-se a isso a (ainda) maior preferência do brasileiro pela televisão e rádio como fonte primária de informação, e temos praticamente todas as características do modelo pluralista polarizado⁵⁰.

A grande influência da mídia eletrônica – televisão e rádio – teve maior curso no final dos anos de 1970 e nos anos 1980. Miguel aponta estudo no qual constatou-se que, no final dos anos de 1980, a televisão já atingia virtualmente 94% dos lares brasileiros. Some-se a esta informação o fato de, conforme o censo de 1991, 20% da população ser analfabeta naquele ano e é possível concluir que, potencialmente, a televisão teria grande espaço para influenciar opiniões no Brasil⁵¹.

Como será apontado nos capítulos subsequentes, a captura dos meios de comunicação pelo poder político foi algo constante na história recente de nosso país, tendo

⁴⁷ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 93.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 93.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 94.

⁵¹ MIGUEL, Luis Felipe. Meios de comunicação de massa e política no Brasil. **Diálogos latinoamericanos**, n. 3, 2001, p. 43.

sido objeto de várias intervenções legislativas para reduzir tal influência⁵², a maioria delas sem grande efetividade.

Miguel afirma que a “*possibilidade de acesso do público a um determinado discurso depende de sua veiculação na mídia*”. O poder de silenciar discursos, assim, é a primeira grande interação entre mídia e democracia que se deve observar. Considerando que a capacidade de discutir, considerar opiniões e alterar seus prévios entendimentos compõe o cerne de um ambiente democrático, Sunstein afirma⁵³:

Every society contains innumerable deliberating groups. Church groups, political parties, women’s organizations, juries, legislative bodies, regulatory commissions, multimember courts, faculties, student organizations, people participating in talk radio programs, Internet discussion groups, and others engage in deliberation. It is a simple social fact that sometimes people enter discussions with one view and leave with another, even on political and moral questions.

Miguel afirma, ainda, que a mídia tem papel fundamental para o que denomina “criação de sentido: a construção de crenças sobre o significado dos eventos, de problemas, de crises, de mudanças políticas e de líderes⁵⁴”. Ainda para o referido autor, outro ponto que mostra a centralidade do papel da mídia no dia-a-dia das sociedades contemporâneas é a “capacidade de disseminação de representações da realidade social”⁵⁵. Isto quer dizer que, da infinidade de acontecimentos de uma sociedade, a mídia elege uns poucos para transformar em notícia e disseminar informações a partir dos mesmos. Mas com base em que critérios são feitas tais escolhas?

É óbvio que nem todos os assuntos poderiam ser levados ao ar por poucos canais de televisão. Para tal problema, no entanto, a Constituição Federal de 1988 já indicou o caminho para solução, quando definiu a vedação de monopólios ou oligopólios com relação aos meios de comunicação social (art. 220, §5º) e quando definiu as preferências para veiculação de conteúdo nos mesmos (art. 221).

⁵² Tais medidas serão detalhadas no capítulo 3. No momento, indicamos apenas a Lei 9.504/1997, que definiu regras e normas – de caráter bem rígido – para programação e noticiários políticos em até três meses antes do período eleitoral.

⁵³ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. New York, Oxford University Press, p 14.

⁵⁴ MIGUEL, Luis Felipe. Meios de comunicação de massa e política no Brasil. *Diálogos latinoamericanos*, n. 3, 2001, p. 43

⁵⁵ *Ibidem*, p. 43.

3 O PAPEL DO ESTADO EM FACE DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

3.1 Histórico e possibilidades da atuação estatal em face da comunicação social

Considerando as interfaces entre comunicação social, opinião pública e democracia, conforme expostas no primeiro capítulo, faz-se necessário apurar se e como o Estado pode agir para balancear/equilibrar algumas situações decorrentes desta correlação entre os conceitos apresentados.

Pode-se afirmar que a atuação do Estado varia de uma postura totalmente ausente neste sentido, até uma postura mais impositiva, reguladora e com maior presença. Buscar-se-á, na primeira parte deste capítulo, apresentar as diversas nuances em que pode agir o Estado com relação à comunicação social, por meio da apresentação de alguns modelos existentes, correlacionando tais ações com a democracia e pluralismo das sociedades então analisadas.

Para os fins deste trabalho, conforme já explicado alhures, serão consideradas as interações a partir do advento da mídia impressa em cotejo com o constitucionalismo ocidental. Parte-se do pressuposto, o qual pretende-se demonstrar - de que, em muitos casos, notadamente nos países em que a imprensa livre teve desenvolvimento tardio, os grupos ocupantes do poder tem profunda relação com os canais de divulgação de informações existentes, mas para que se alcance o ponto deste trabalho, faz-se necessário o corte geográfico e temporal acima delineado.

As primeiras intersecções entre Estado e Comunicação Social, sob uma perspectiva moderna (constitucionalismo), ocorreram para garantir a liberdade de opinião e expressão, comunicação e liberdade de imprensa. Maria Helena Abdo distingue tais institutos, consistindo a liberdade de opinião na “faculdade de formular juízos, conceitos e convicções e exteriorizá-los livremente”⁵⁶ e a liberdade de expressão partiria do conceito de liberdade de opinião, expandindo-o para outras manifestações, tais como jornalística, artística, filosófica, científica, política, etc. A liberdade de comunicação, a seu turno, difere-se da liberdade de expressão apenas quanto à utilização dos meios, sendo a primeira manifestada nos meios de comunicação social. Aponta a dita autora, por fim, a imprecisão quanto à utilização da expressão liberdade de imprensa, dada a sua limitação etimológica (o termo imprensa origina-

⁵⁶ ABDO, *ob. cit.*, p. 32

se da imprensa escrita), bem como por desprezar os demais aspectos da comunicação, principalmente os relacionados à multiplicidade de fontes de opinião e pluralismo⁵⁷.

É possível mencionar vários dispositivos normativos que buscaram garantir a liberdade de expressão, em sentido amplo. A Constituição dos Estados Unidos da América, por meio de sua primeira emenda, afirmava “*congress shall make no law abridging the freedom of speech, or of the press*”. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão garante, ainda, em seu artigo 11, a liberdade de expressão⁵⁸. No Brasil, como veremos adiante, desde a primeira constituição havia preocupação com a garantia de liberdade de expressão, em norma praticamente repetida nas constituições ulteriores, havendo uma nova abordagem deste tema apenas na Constituição Federal de 1988, como será igualmente apresentado.

Dados estes apontamentos, necessários, uma vez que a comunicação social – como abordada no presente trabalho – só ocorre com os exercícios das liberdades indicadas acima, passa-se a apontar o papel adotado por algumas nações ao longo da história no que se refere à relação com a comunicação social para, em seguida, indicarmos como, no Brasil, essas relações ocorreram ao longo da história, bem como ocorrem atualmente.

Como se verá adiante, com o advento do constitucionalismo ocidental, as relações entre Estado e Comunicação Social tem por foco, inicialmente, a garantia à liberdade de expressão, em suas diversas nuances, para, num momento mais atual, voltarem-se - o Estado e as Constituições – ao reconhecimento da comunicação social (já corolário da liberdade de expressão) como um direito fundamental em si, o qual pode ser tutelado e exercido de diversas formas.

3.1.1 Estados Unidos da América

No que toca à liberdade de comunicação, destaca-se o constitucionalismo norte-americano como um dos grandes produtores de doutrina e de discussões sobre o tema. Há duas grandes correntes sobre a finalidade primordial da defesa da liberdade de expressão, com claras repercussões nas relações entre Estado e mídia. A primeira entende que a liberdade de expressão deve servir mais como um meio de garantia e aprofundamento da democracia, ao

⁵⁷ ABDO, *ob. Cit.*, p. 32

⁵⁸ Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

defender uma postura estatal mais ativista no controle desta atividade, dando uma interpretação à Primeira Emenda à Constituição americana focada no receptor da mensagem⁵⁹. A segunda aponta para a liberdade de expressão como uma forma de expressão da autonomia individual, admitindo pouco – ou nenhum - controle quanto à atividade da imprensa, mas garantindo reparação e respostas em casos de utilização indevida desta⁶⁰.

De acordo com Samantha Ribeiro Meyer-Pflug⁶¹, o “direito à liberdade de expressão é um direito fundamental dos cidadãos americanos, relacionados ao exercício da própria soberania popular e da democracia, pois dele advém a possibilidade de se realizar críticas ao governo”. O entendimento da forma pela qual se vê a liberdade de expressão no direito americano é de fundamental importância para se analisar o comportamento de sua Suprema Corte e melhor compreendido através dessa análise.

Sobre este tema, Meyer-Pflug, ao citar decisão que fazia referência ao “livre-mercado de idéias”⁶², afirma que a Suprema Corte tem tido atuação favorável a um debate público vigoroso, afastando a possibilidade criminalização da imprensa por difamação ao Estado⁶³. Vê-se, a partir destes julgados, uma tendência de interferência mínima do Estado com relação à liberdade de imprensa naquele país.

De acordo com Fiss, a teoria libertária, ao interpretar a Primeira Emenda à constituição norte-americana, vê a liberdade de expressão como análoga à liberdade de religião, sendo a primeira emenda uma proteção da autoexpressão. Ainda de acordo com tal autor, esta visão, de forma injustificada, privilegia a posição dos emittentes do discurso em face dos destinatários quando há qualquer conflito de interesse entre estes⁶⁴.

Sunstein indica outros pontos falhos da interpretação focada no emitente, sem qualquer possibilidade de intervenção de algum agente externo. De acordo com referido autor, “*if we give broadcasters unrestrictive property rights and then immunize them from government*

⁵⁹ SUNSTEIN, Cass. Democracy and the Problem of Free Speech. New York: The Free Press, 1995. No mesmo sentido, v. FISS, Owen. Libertad de Expresión y estructura social, Trad. Jorge F. Malem Sena. México: Distribuciones Fontamara, 2004. FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Oxford University Press, 2005, p. 199-201;

⁶¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 130.

⁶² De acordo com Sarmento (SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. Livre e Iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen juris: 2006., “mercado de ideias” significa um cenário em que os agentes privados comunicar-se-iam livremente, sem interferência de qualquer ente estatal, partindo da premissa de que, ainda que com falhas, a atuação livre do mercado seria preferível à estatal.

⁶³ FISS, *op. cit.*, p. 134.

⁶⁴ FISS, *op. cit.*, p. 29 .

*control, we may compromise both quality and diversity in broadcasting. We may undermine the constitutional commitments to political deliberation and political equality*⁶⁵.

O contraponto a esta teoria, deve, assim, vislumbrar a proteção do discurso não como uma forma de autoexpressão, mas como ferramenta fundamental para a “autodeterminação coletiva”, considerando o ambiente democrático em que está inserida a nação norte-americana. Fiss afirma, ainda, que “a democracia permite que as pessoas escolham a forma de vida que desejam viver e pressupõe que essa escolha seja feita em um contexto no qual o debate público seja (...) desinibido, robusto e amplamente aberto”⁶⁶.

Assim, em dados momentos, o Estado deve agir para salvaguardar as opiniões de minorias, garantindo que esta se expresse livremente – e isto inclui, por óbvio, atuação nos canais de comunicação social – garantindo certa igualdade – ao menos no que tange à participação – no debate de idéias dentro de um contexto democrático⁶⁷.

Sarmiento⁶⁸ complementa este delineamento ao afirmar que:

Atualmente, os Estados Unidos possuem um sistema de proteção à liberdade de expressão extremamente complexo, em que há determinados campos considerados fora do alcance da 1ª Emenda, como o da “obscenidade”, outros que recebem uma proteção menos intensa, como a propaganda comercial, e uma área em que a tutela constitucional é extremamente reforçada, em cujo epicentro está o discurso político lato sensu. Por outro lado, há também uma importante distinção entre as formas de regulação estatal desta liberdade: são mais facilmente aceitas as restrições ligadas ao “tempo, lugar e forma” da manifestação, que sejam neutras em relação ao seu conteúdo, mas há um controle muito mais rigoroso das limitações atinentes ao teor do discurso, que se torna ainda rígido e quase invariavelmente fatal quando a regulação baseia-se em discordância relativa ao “ponto de vista” do agente .

Cumprido destacar, em aparte que julgamos necessário, que tais correntes, embora apresentem um bom panorama sobre o tema, foram talhadas para o direito norte-americano, considerando suas disposições legais e constitucionais, mormente a discussão havida com relação à interpretação da primeira emenda à constituição norte-americana⁶⁹. A importância desta análise para o estudo ora pretendido consiste em avaliar como um país de tradição e matiz notadamente liberais acredita que o Estado possa intervir em questões atinentes à comunicação social para que, com consciência de que são problemas e realidades diferentes,

⁶⁵ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1995

⁶⁶ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.30.

⁶⁷ FISS, *op. cit, passim*.

⁶⁸ SARMENTO, *op. cit*, p. 6.

⁶⁹ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”

possa se imaginar os fundamentos para um modelo a ser aplicado no Brasil, como faremos no capítulo derradeiro deste trabalho.

A relutância norte-americana em lidar com a regulação de conteúdo do discurso ajuda a entender a atual posição de sua Suprema Corte com relação à atuação do Estado perante os meios de comunicação social.

3.1.1.1. *Fairness doctrine*

Muito embora prevaleça nos Estados Unidos da América, atualmente, um modelo de faceta liberal, fundamentado, basicamente, nos parâmetros expostos no início deste tópico, durante alguns anos, a Suprema Corte validou um modelo de atuação do Estado em face da mídia de cariz nitidamente intervencionista, denominado *fairness doctrine*, doutrina da lavra do Federal Communications Commission – FCC, órgão criado em 1934 com o objetivo de regular as telecomunicações em nome do interesse, conveniência e necessidades públicos⁷⁰.

Sendo tal órgão ligado ao governo, a sua atuação variava conforme o ânimo do grupo político ocupante do poder, embora tivesse certa liberdade de atuação. Além de questões genéricas e, em princípio, desvinculadas da política, como renovação e concessão de licenças de rádio e televisão, tal órgão implementava medidas antitruste (vedação de co-propriedade em canais de mídia diferentes) e atinentes à promoção de valores americanos, como a implantação da regra que instituiu a “hora familiar”, durante a qual os programas exibidos deveriam conter poucas referências à violência e à sexualidade⁷¹.

Dentro deste contexto, a doutrina da equidade (em livre tradução), implantada em 1949, tendo como um de seus pressupostos a escassez das ondas de difusão dos sistemas de rádio e televisão, passou a atribuir aos concessionários uma série de deveres, a exemplo de apresentação de diversos pontos de vista sobre assuntos objeto de cobertura jornalística, bem como garantia de direito de resposta para indivíduos atacados em editoriais ou matérias jornalísticas. Outra regra dizia respeito à dedicação de um tempo mínimo para exibição de assuntos relacionados ao interesse público. Ainda no tocante à programação em si, havia determinação para concessão do mesmo tempo de exibição aos competidores políticos⁷².

Ainda que tais regras não fossem aplicadas em sua totalidade, conforme aponta Sunstein⁷³, a matéria gerou celeuma entre os meios de comunicação, os quais apontavam que a

⁷⁰ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e liberdade de expressão-Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 211.

⁷¹ *Ibidem*, p. 211.

⁷² *Ibidem*, p. 212.

⁷³ SUNSTEIN, Cass. Democracy and the Problem of Free Speech. New York: The Free Press, 1995, p. 53

atuação da FCC estaria infringindo o disposto na Primeira Emenda, tendo o caso sido levada à análise da Suprema Corte. A mais famosa – e relevante – discussão foi registrada no caso *Red Lion Broadcasting Co., Inc v. Federal Communication Commission*⁷⁴, no bojo do qual reconheceu-se que a Primeira Emenda aplica-se ao sistema de comunicação pública (public broadcasting), mas no interesse dos ouvintes/telespectadores, não dos transmissores. Desta forma, não seria possível, com base na Primeira Emenda, apoiar a verdadeira censura privada feita pelos meios de comunicação que se utilizam de uma fonte escassa (ondas de telecomunicação, não disponível a todos) para o a prestação dos serviços da radiodifusão. Nas palavras do Juiz White, que entregou o voto⁷⁵:

In view of the scarcity of broadcast frequencies, the Government's role in allocating those frequencies, and the legitimate claims of those unable without governmental assistance to gain access to those frequencies for expression of their views, we hold the regulations and ruling at issue here are both authorized by statute and constitutional.

Owen Fiss aponta que o ponto da decisão era simples: “a autonomia conferida à imprensa não era absoluta, mas sempre refletia uma acomodação de interesses em conflito, uma síntese de valor e contravalor⁷⁶”. No caso narrado, o direito de o público ser devidamente informado teria um valor muito mais forte perante à autonomia da imprensa⁷⁷, para tratar apenas dos pontos que julgava pertinente e da forma que julgava pertinente.

Tal decisão, até hoje, pode ser considerada a mais relevante da Suprema Corte do Estados Unidos da América a validar a chamada teoria “coletivista” da comunicação⁷⁸, mas, por óbvio, não foi imune às críticas. De acordo com Krattenmaker e Powe Jr⁷⁹, alguns argumentos utilizados na decisão soam, até hoje, frágeis, principalmente os relacionados à escassez das ondas de radiodifusão, ou à diferença entre o número de transmissores e a quantidade de pessoas querendo transmitir, além de conter grau alto de ineditismo nas discussões sobre o assunto. Nas palavras dos autores⁸⁰:

⁷⁴ 395 U.S. 367 (1969).

⁷⁵ 395 U.S. 367 (1969).

⁷⁶ FISS, *op. cit.*, p. 72

⁷⁷ FISS, *op. cit.*, p. 108.

⁷⁸ SILVA, *op. cit.*, p. 212

⁷⁹ KRATTENMAKER, Thomas G.; POWE, Lucas A. The Fairness Doctrine Today: A Constitutional Curiosity and an Impossible Dream. *Duke Law Journal*, v. 1985, n. 1, p. 156.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 156.

the triviality and irrelevance of the observation that scarce resources are scarce become clear when one substitutes for the words “broadcast” and “frequencies” in the Court’s statement, words such as “publish” and “newsprint”, or “make movies” and film footage”, or “write letters” and stamps. That it costs money, that is, consumes a scarce resource, to speak has never before or since in first amendment jurisprudence been said to justify imposing a fairness doctrine on the speaker.

Além das críticas quanto ao ineditismo do argumento da escassez, os autores afirmam que o apontado (na decisão) direito de o público receber informações relevantes sobre assuntos sociais, políticos, morais e outros confrontava a jurisprudência da Suprema Corte, ao justificar uma postura na qual o Estado poderia apontar o que o emissor da fala poderia, ou não, afirmar⁸¹.

A mudança do viés político nos anos seguintes (notadamente nos anos Reagan), contudo, levou a própria FCC a rever a *fairness doctrine*, sem que o assunto pudesse ser discutido novamente na Suprema Corte, sob a alegação de que a grande “explosão” da TV a cabo eliminava o argumento da escassez, bem como que não haveria garantias de que a regulação levaria a uma eficiência maior na prestação das informações ao público em geral, podendo desencorajar os canais de mídia até mesmo a abordar assuntos polêmicos, evitando adentrar em desavenças com o FCC, não ocorrendo, assim, um debate público robusto como se pretendia⁸² e, por fim, sob o argumento de que a mera existência da *fairness doctrine* atentava contra a Primeira Emenda, uma vez que o governo estaria dizendo aos transmissores o que eles poderiam dizer⁸³.

Para Owen Fiss, no entanto, esta linha de argumentação ignorava alguns pontos fundamentais, uma vez que a *fairness doctrine*, por definição, impingia a cobertura de temas de interesse público, protegendo o público contra a autocensura praticada pelos canais de mídia; e que, “mesmo que a regulação produzisse algum tipo de autocensura, a transmissão ainda poderia ser mais variada, mais adequada a questões públicas, se regulada do que se não regulada”. Simplesmente não havia base empírica a suportar a nova diretriz⁸⁴.

Embora não discutisse abertamente a *fairness doctrine*, outro julgamento⁸⁵ (caso *Bucley vs Valeo*), de 1976, mostra como a postura anti-interferência estatal da Suprema Corte americana foi se consolidando. No dito julgamento, afirmou-se que até mesmo o conceito de

⁸¹ *Ibidem*, p. 156.

⁸² FISS, *op. cit.*, p. 111.

⁸³ SUNSTEIN, Cass. Democracy and the Problem of Free Speech. New York: The Free Press, 1995, p. 55

⁸⁴ FISS, *op. cit.*, p. 111.

⁸⁵ 424, U.S.1 (1976)

que o governo possa restringir a fala de alguém da sociedade em prol de ampliar a voz relativa de outros é algo que afronta, diretamente, a Primeira Emenda⁸⁶.

As discussões judiciais sobre o assunto minguaram na medida em que, a partir da década 1980, sucessivos atos da FCC foram retirando o caráter ativista da *fairness doctrine*, até que, em 1987, a doutrina deixou de ser aplicada totalmente. Desde então, houve várias tentativas de reviver a doutrina no Congresso Norte-Americano⁸⁷.

3.1.2 União Européia.

Atuando de forma diversa à norte-americana, mas sem apresentar conduta extremamente oposta, na Europa hodierna a grande maioria dos principais Estados não tem uma postura neutra em relação à veiculação de diversos discursos⁸⁸. Há nos sistemas jurídicos de alguns países normas que determinam a proibição de veiculação de certos discursos. Na Polônia, por exemplo, há uma lei que considera crime a negação dos atos criminosos nazistas e comunistas praticados contra aquele povo⁸⁹. Outras nações consideram crime a banalização do holocausto, a exemplo da Alemanha, França, Espanha e Bélgica⁹⁰.

Tais normas apontam uma predisposição do Estado, nos países citados, em agir positivamente para coibir determinados discursos que afetam à população e à memória daqueles que foram vítimas de atrocidades na Segunda Grande Guerra e durante a Guerra Fria, reverberando em uma atuação mais positiva em outros campos da comunicação social.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, assegura a liberdade de expressão, com largo espectro para aplicação deste direito, reverberando nos meios de comunicação, indicando, em seu artigo 10º, que a mídia deve ser protegida em razão de sua importância para a democracia e o desenvolvimento dos cidadãos⁹¹. Na prática, países como

⁸⁶ SUNSTEIN, Cass. Preferências e políticas. Revista Brasileira de Ciência Política, nº 1. Brasília, janeiro-junho de 2009, p. 244.

⁸⁷ Apenas como exemplo, vide notícia disponível no endereço eletrônico <http://content.time.com/time/nation/article/0,8599,1880786,00.html>, acesso em 10/03/2018, às 10:50.

⁸⁸ MEYER-PFLUG, *op. cit.*, p. 149.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 149.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 149.

⁹¹ Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

França, Portugal, Itália e Reino Unido⁹² criaram mecanismos para monitorar o atendimento a tais normas, assim como dos comandos constitucionais de cada uma destas nações. Após a década de 1980, nas palavras de Beatriz Barbosa⁹³, “passou a prevalecer a compreensão de que o objetivo de qualquer política de comunicação deve ser a garantia do acesso livre e igualitário aos meios de transmissão e a proteção um conjunto de padrões de conteúdo que atendam às necessidades da sociedade”.

Há no velho continente, ainda, uma preocupação em tratar a comunicação social como uma política de todo os seus membros, afastando as intervenções nesta seara dos governos nacionais e lançando uma perspectiva de regulação que não fosse unicamente baseada em preceitos econômicos⁹⁴.

Atualmente, a União Europeia, por meio da diretiva de Serviços de Meios de Comunicação Audiovisual (diretiva 2010/13/UE), adota postura no sentido de garantir condições de competição no mercado ao passo em que busca impedir lesões ao interesse público⁹⁵.

Nas palavras de Barbosa⁹⁶:

a diretiva reafirma a importância do audiovisual para as sociedades, a democracia, a educação e a cultura como justificativa para a aplicação de regras específicas. E aponta que é essencial aos Estados membros evitarem atos em detrimento da liberdade de circulação e comércio de programas de TV ou que resultem na geração de posições dominantes que levem a restrições do pluralismo e da liberdade de informação no setor.

3.1.3 Alemanha

Sarmiento sustenta, citando Konrad Hesse, que a liberdade de expressão na Alemanha não é tida apenas como um direito individual daqueles que se exprimem, mas também como um valor objetivo da ordem jurídica democrática, cuja garantia e promoção muitas vezes requer ações estatais positivas⁹⁷.

Sustenta o referido autor que o Constitucionalismo alemão contém uma dimensão objetiva para o direito fundamental à liberdade de expressão. Como sabido, a teoria objetiva

⁹² MEYER-PFLUG, *op. cit.*, p. 149 e ss.

⁹³ BARBOSA, Beatriz Costa. **Violações de direitos humanos e violação de conteúdo na TV: Brasil em perspectiva comparada com França e Reino Unido.** Dissertação (Mestrado em Gestão e Políticas Públicas) - Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2013, p. 38.

⁹⁴ HARRISON, Jackie; WOODS, Lorna. *European broadcasting law and policy.* New York: Cambridge University Press, 2007, p. 88.

⁹⁵ BARBOSA, *op. cit.*, p. 40,

⁹⁶ BARBOSA, *op. cit.*, p. 40

⁹⁷ SARMENTO, *op. cit.*, p. 12.

dos direitos fundamentais, aponta que os direitos fundamentais representam valores que devem espraiair-se pelo ordenamento jurídico, condicionando a aplicação de todo o direito⁹⁸.

Tal teoria (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) desenvolveu-se a partir do Caso Lüth⁹⁹, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958. Neste caso, discutia-se o direito de um cidadão Erich Luth conchamar um boicote ao lançamento do novo filme do cineasta Veit Harlan, antiga celebridade do cinema nazista¹⁰⁰. O boicote foi abrangente e o lançamento do filme redundou em prejuízo aos produtores¹⁰¹, o que fez com que Harlan e seus parceiros comerciais ingressassem com uma ação contra Lüth, com base no § 826 BGB, dispositivo da lei civil alemã que obriga aquele, por ação imoral, causar dano a terceiros, a uma prestação negativa, sob pena de pagamento de uma pena pecuniária.

O pleito foi vencedor nas instâncias ordinárias, o que levou Lüth a recorrer ao Tribunal Constitucional Alemão, tendo como argumento, em brevíssimo resumo, que a decisão das instâncias inferiores teria ofendido o direito à liberdade de expressão insculpido na Lei Fundamental alemã¹⁰².

O Tribunal Constitucional decidiu afirmando “que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento”¹⁰³, o que também poderia ser aplicado às relações privadas.

Tal decisão fortaleceu o entendimento sobre três fortes ideias, bastante divulgadas no Brasil: (a) dimensão objetiva dos direitos fundamentais; (b) eficácia horizontal dos direitos fundamentais; e (c) necessidade de ponderação em caso de colisão de direitos.

Com base neste construto teórico, a jurisprudência alemã tem emanado entendimentos quanto à liberdade de expressão (que reverberam na comunicação social, de forma inegável) que se coadunam a uma postura mais intervencionista do Estado. Um dos principais casos, conforme indica Sarmento, foi o caso Blinkfür¹⁰⁴, no qual, durante polêmica envolvendo um pequeno e dois grandes jornais, foi consignado que¹⁰⁵:

⁹⁸ SARMENTO, P. 13.

⁹⁹ BVerfGE 7, 198.

¹⁰⁰ MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung EV, 2005.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 381.

¹⁰² Art. 5 I GG: Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis. A liberdade de imprensa e a liberdade de oticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas. Não haverá censura.

¹⁰³ MARTINS, *op. cit.*, p. 394

¹⁰⁴ BVerfGE 256 (1969)

¹⁰⁵ SARMENTO, *op. cit.*, p. 14.

A liberdade para o debate intelectual é um pressuposto indispensável para o funcionamento de uma democracia porque é ela que garante a discussão pública de questões de interesse público e dimensão política. Quando o exercício de pressão econômica gera graves desvantagens para aqueles afetados por ela, e ele destina-se a impedir a disseminação de opiniões e notícias, que é constitucionalmente garantida, ele viola a igualdade de oportunidades no processo de formação da opinião pública. Este exercício também contraria o sentido e a natureza do direito fundamental à liberdade de expressão, que é concebido como uma garantia da disputa intelectual na formação da opinião pública.

O caso comentado acima, oriundo de celeuma entre jornais impressos, foi o primeiro de uma séria de julgamentos que apontaram o papel ativo do Estado Alemão para promoção do pluralismo nos meios de comunicação como forma de salvaguarda ao regime democrático.

Ao contrário do caso Lüth discutido acima, neste caso o TCF reconheceu que a conclamação ao boicote patrocinada pelos dois grandes jornais contra o pequeno semanário *Blinkfuer* extrapolava o mero debate intelectual, consistindo no abuso de uma posição de dominância econômica¹⁰⁶.

É necessário frisar que as emissoras de televisão na Alemanha eram públicas até a década 1960, embora geridas por órgãos independentes de cada gestão¹⁰⁷. As decisões subsequentes acompanharam o crescimento do número de canais e abertura dos mesmos ao setor privado. Neste sentido, passaram a exigir menos pluralismo interno de cada uma das emissoras, quando estas eram muito poucas, e passaram a considerar o pluralismo externo do sistema de comunicação televisiva como um todo, na medida em que este se expandiu e adquiriu novos componentes¹⁰⁸, criando um sistema de proteção à democracia por conta de elementos advindos da comunicação social.

3.1.4 França

O sistema francês, diferenciando-se um pouco do alemão e, mais ainda, do americano, não privilegia, aberta e diretamente, a liberdade de expressão em relação ao pluralismo, como os demais citados. Em verdade, há séries de exemplos de julgados franceses no sentido de relativizar a liberdade de expressão (em seu conceito liberal), para promover o pluralismo nos meios de comunicação¹⁰⁹.

¹⁰⁶ MARTINS, *op. cit.*, p. 401.

¹⁰⁷ SARMENTO, *op. cit.*, P. 14.

¹⁰⁸ BVerfGE 205 (1961), BVerfGE 295 (1981) e BVerfGE 118 (1986).

¹⁰⁹ SARMENTO, *op. cit.*, p. 17;

Tal predisposição pode ser demonstrada em decisões¹¹⁰ do Conselho Constitucional Francês, o qual tem entendido que o exercício da liberdade de expressão deve ser conciliado com o respeito à liberdade de terceiros e a preservação do caráter pluralista das correntes de expressão sociocultural atingidos pelos meios de comunicação¹¹¹.

De acordo com Barendt¹¹², o Conselho Constitucional francês vem afirmando que o pluralismo da mídia é um valor constitucional, apto, portanto, a justificar limitação de outras normas ou atos. Tal entendimento, ainda segundo referido autor, é similar ao que se vê na França ou na Itália, mas “*no other court has fashioned a general principle of pluralism, applicable to all branches of media. It affirms that individual free speech rights can be limited by a constitutional value, itself intimately connected to freedom of speech*”¹¹³.

3.1.5 Argentina

Tratando-se de regulação de mídia, exemplo recente e próximo (ao menos geograficamente) à realidade brasileira é o ocorrido na Argentina, país que em 2009 aprovou uma Lei – Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, conhecida como Ley de Medios – com o declarado propósito de pluralizar e democratizar a mídia de massa¹¹⁴.

Tal lei teve como premissas: (i) impor limites à propriedade cruzada de “canais” de mídia; (ii) diversificar a estrutura de regulação institucional; e (iii) garantir acesso igualitário ao espectro midiático de três tipos de mídia: pública, comercial e produções privadas não comerciais.

A Argentina, assim como muito dos países periféricos, possuía estrutura de mídia concentrada. No caso específico do país vizinho, além das causas clássicas de concentração da mídia – custos fixos elevados, concentração de publicidade nos veículos líderes, escassez do espectro de radiodifusão – some-se a grande concentração de riqueza e população na região de Buenos Aires e seu entorno¹¹⁵.

Se na Argentina é possível até se falar em um mercado competitivo no ramo da televisão aberta, considerando o espectro midiático como um todo, sobrepõe, claramente, o

¹¹⁰ Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, obtida no site <http://www.conseil-constitutionnel.fr>, acesso em 23 de setembro de 2017.

¹¹¹ SARMENTO, *op. cit.*, p. 17-18;

¹¹² BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. New York: Oxford university press, 2005, p 69.

¹¹³ *Ibidem*, p. 69.

¹¹⁴ Lei 26.522/2009 de Serviços de Comunicação Audiovisual

¹¹⁵ LINS, Bernardo Felipe Estellita. Argentina: nova lei dos meios audiovisuais. Câmara dos Deputados. Brasília, 2009, p. 6.

grupo Clarin aos demais¹¹⁶. De acordo com Mauersberger¹¹⁷, o Grupo Clarin ocupa posição bastante influente na agenda de notícias. O diário de notícia Clarín representa 31% de todos os jornais vendidos na país e por 40,5% dos anúncios vendidos neste tipo de mídia impressa, contra 14% de anúncios do concorrente mais próximo (La Nacion). O Grupo Clarin possui, ainda, a segunda maior estação de rádio do país (Radio Mitre AM), com a audiência de 23,5%, e a segunda estação de televisão mais popular (Canal 13), o qual conta com 28% de market share de audiência, ocupando, ainda, posição dominante no mercado de TV fechada.

De acordo com Albornoz, o nível de concentração horizontal na mídia argentina era relativamente baixo até o último quartel do século XX, entretanto, a partir de 1989, teve curso um processo de privatização e concentração no setor de radiodifusão, atendendo apenas a critérios de mercado, sem que se tocasse qualquer política de aspecto cultural¹¹⁸, favorecendo, assim, o fortalecimento dos grandes grupos de mídia argentinos, notadamente o grupo Clarin.

A proposta de regulação do Governo Kirchnerista tinha como ideal combater monopólios, oligopólios e proteger os direitos dos cidadãos, numa tentativa de democratizar o acesso à informação no território argentino.

A implantação de um novo marco regulatório deu-se, pois, com grande enfrentamento público entre o governo e tal grupo de mídia, focado em três situações críticas: (i) controle da distribuição de papel para jornais e revistas – tal distribuição é feita por empresa (Papel Prensa) da qual são sócios o governos e empresas de mídia; (ii) a compra de direitos de transmissão para jogos do futebol Argentino – outrora propriedade do grupo Clarin e adquirida por empresa estatal; (iii) vedação da fusão entre as operadoras de TV a cabo Cablevisión e Multicanal – a primeira de propriedade do grupo investidor norteamericano Fintech Advisory e a segunda de propriedade do grupo Clarin – que geraria uma empresa detentora de metade dos assinantes de televisão da Argentina¹¹⁹.

Mas a promulgação da lei argentina possuiu indícios suficientes para que se possa afirmar que não foi decorrente de uma mera perseguição política a um grupo empresarial, mas

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 8.

¹¹⁷ MAUERSBERGER, Christof. To be prepared when the time has come: Argentina's new media regulation and the social movement for democratizing broadcasting. *Media, Culture & Society*, v. 34, n. 5, 2012, p. 591.

¹¹⁸ ALBORNOZ, Luis A.; CASTILLO, José; HERNANDEZ, Pablo; Mastrini. La política a los pies del mercado: la comunicacion em la Argentina de los '90', in: *Globalizacion y monopolios en la comunicacion en la america latina*, editora biblos, Buenos Aires, 1999, p. 135.

¹¹⁹ Para mais detalhes sobre tal enfrentamento, v. MAUERSBERGER, Christof. To be prepared when the time has come: Argentina's new media regulation and the social movement for democratizing broadcasting. *Media, Culture & Society*, v. 34, n. 5, 2012, p. 588-605.

que trazia elementos que, se aplicados, poderiam servir como garantidores de uma democracia mais plural e participativa.

Inicialmente, destacava-se a tripartição dos tipos de mídia em estatal, privada lucrativa e privada não lucrativa. Este tipo de divisão, reconhecida por entidades internacionais e aplicada de forma similar na França e na Inglaterra¹²⁰, alinhada com a regra de vedação de propriedade cruzada implicaria numa readequação do mercado, tendo em vista que os grandes conglomerados então existentes teriam necessária redução.

Outro ponto importante da Ley de Medios tratava do corpo regulatório da mídia. De início, excluiu-se o COMFER (Comité Federal de Radiodifusión), estrutura que respondia diretamente ao executivo federal¹²¹. Atribuía-se, o poder regulador, assim, à AFSCA – Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, a qual teria direção plural, composta por sete membros, sendo dois indicados pelo Poder Ejecutivo, três pela Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual – cuja composição respeita a representatividade de cada partido no parlamento - e dois indicados pelo CFCA – Consejo Federal de Comunicación Audiovisual.

O CFCA, a seu turno, teria composição mais pluralista, sendo formado por representantes dos governos locais, grupos de mídia privados e sem fins lucrativos, sindicatos, canais universitários e grupos indígenas.

Ainda que se diga que tal órgão não fosse totalmente autônomo, eis que possuía em seus quadros indicações do poder executivo, é notável a ampla representatividade e possibilidade de participação dos partidos da oposição na tomada de decisões.

Outro estigma enfrentado pela Ley de Medios dizia respeito às emissoras públicas. Muito embora, na América Latina, os exemplos, em sua grande maioria, apontem para a utilização de emissoras públicas como propaganda, há um exemplo, o Chileno¹²², que obteve relativo sucesso graças à autonomia que possui com relação ao governo. Modelado no caso chileno, a Radio y Television Argentina – RTA, tem também uma diretoria composta em um modelo plural, com corpo de conselheiros próprios, com o objetivo declarado de proteção das minorais na seara da Comunicação Social¹²³.

A implementação da Ley de Medios, por ser ainda recente e por ter já sido objeto de reforma pelo governo Macri, torna difícil a análise de sua eficácia com alguma perspectiva.

¹²⁰ MACRORY, Robbie. Dilemmas of democratisation: Media regulation and reform in Argentina. *Bulletin of Latin American Research*, v. 32, n. 2, 2013, p. 184

¹²¹ *Ibidem*, p. 186.

¹²² *Ibidem*, p. 187.

¹²³ MAUERSBERGER, Christof. To be prepared when the time has come: Argentina's new media regulation and the social movement for democratizing broadcasting. *Media, Culture & Society*, v. 34, n. 5, p. 600.

Desde a sua promulgação, várias liminares foram obtidas pelo grupo Clarin e demais grupo que se sentiram prejudicados pela Lei, o que impediu a aplicação do modelo definido em sua totalidade, muito embora a quase totalidade dessas decisões não tenha perdurado por muito tempo, a Lei não teve todos os seus mecanismos aplicados até que sobreviesse o Decreto do Presidente Macri retromencionado.

Em Dezembro de 2015, no entanto, foi editado um Decreto de Necessidade e Urgência (DNU 267) pelo presidente argentino, Maurício Macri, alterando diversas proposições da Ley de Medios, a saber: (i) Criação do Ente Nacional de Comunicações (ENACOM), que deverá substituir a AFSCA, com composição bem menos plural; (ii) possibilidade de compra e venda de licenças; (iii) retirada das TV's a cabo das principais obrigações impostas pela Ley de Medios; (iv) aumento no número de licenças que se poderia acumular; (v) criação de uma comissão para elaboração de uma nova Lei de Telecomunicações.

Tais mudanças, por sua vez, estão em discussão na Corte Suprema de Justicia de la Nación, a qual já havia se manifestado pela constitucionalidade da Ley de Medios, havendo, atualmente, grande celeuma quanto à validade do decreto de Macri¹²⁴.

O exemplo Argentino, assim, para os fins propostos neste trabalho, servirá para indicar: (i) as premissas de um modelo possível de regulação de mídia, envolvendo a produção de seu conteúdo e o controle contra oligopólios neste setor; (ii) meios, ainda que de forma reversa, para evitar que o controle estatal implique em utilização da mídia como propaganda do governo ou ferramenta de perseguição aos adversários; (iii) as razões que levam o povo a apoiar tal mudança.

3.2 A radiodifusão no Brasil

No Brasil, antes do advento da Constituição Federal de 1988¹²⁵, as normas constitucionais nacionais referentes à “mídia” tratavam, quando muito, de garantir a liberdade de expressão e de imprensa. O vigente normativo constitucional, no entanto, inovou nesta seara, implicando em uma necessária reinterpretação do direito à (agora assim denominada) Comunicação Social, implicando em uma necessária reinterpretação das diversas normas infraconstitucionais aplicáveis ao tema, especialmente no que toca à radiodifusão.

¹²⁴A título de exemplo, v. Notícia vinculada no sítio eletrônico <https://www.cels.org.ar/web/2017/07/la-corte-debe-decidir-sobre-la-modificacion-por-dnu-de-la-lsca/>, acessado em 23 de setembro de 2017.

¹²⁵Não se pretende, aqui, tratar a CF/88 como a grande panacéia da histórica brasileira. A referência é feita tendo em vista, apenas, a guinada conferida pela Carta Magna no trato da comunicação social.

Entende-se por radiodifusão as emissoras de rádio e televisão e as empresas que as controlam. A mídia televisiva iniciou-se no Brasil inspirada no modelo norte-americano, sistema que favorecia a iniciativa privada. As redes de televisão mantinham-se economicamente por força da publicidade veiculada. Os preços eram variados de acordo com os índices de audiência dos programas¹²⁶.

A primeira Constituição que trouxe previsão normativa para a radiodifusão foi a de 1934. O serviço era conhecido pela expressão “radiocomunicação”. A exploração do serviço de concessão era autorizada por meio de competência legislativa e administrativa da União, restando aos Estados-membros apenas a competência supletiva, conforme preconiza o artigo 5º, inciso VIII e § 3º da Carta Magna de 1934. A Constituição vedava qualquer tipo de censura à liberdade de expressão, salvo quando se tratasse de programações destinadas à diversões e espetáculos públicos.

A Constituição de 1937, passou a usar o termo “radiodifusão” ao invés da terminologia empregada pelo antigo legislador constituinte. De maneira distinta da Constituição anterior, a União era autorizada a delegar aos Estados membros a competência de disciplinar legislativamente a matéria em exame e, ainda, previa dispositivos restritivos da liberdade de expressão, tais como o artigo 122, inciso 15, alínea “a”, em virtude do momento político que atravessava o país, isto é, a centralidade na concentração de poderes pelo Executivo na Era Vargas.

Dessa forma, diante do enorme controle estatal exercido nas empresas de comunicação, os órgãos de imprensa deveriam inserir comunicados do Governo, de acordo com a lei.

As disposições da Carta de 1946 reduziram as limitações à liberdade de expressão e à manifestação de pensamento. Como previsto na Constituinte de 1934, a censura dizia respeito apenas aos espetáculos e diversões públicas. Durante a vigência da Constituição de 1946 foi promulgado o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962), com a finalidade precípua de organizar o setor. Tal documento ainda é o principal a tratar das disposições relativas à comunicação social.

Foi a partir da entrada em vigor do Código Brasileiro de Telecomunicações que surgiu o Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel). Com tais subsídios estabeleceram-se “as bases para um Sistema Nacional de Telecomunicações e [se autorizou] o

¹²⁶No ano de 1950 foi criada a primeira emissora de televisão brasileira, a TV Tupi de São Paulo, por meio da iniciativa do magnata Assis Chateaubriand. Um ano depois foi introduzida no Rio de Janeiro a TV Tupi carioca. A televisão comercial aberta se sustentava por meio de publicidade.

Poder Executivo a instituir uma empresa nacional destinada a explorar os troncos constitutivos desse sistema”.

Durante o Regime Militar (1964-1985) e sua política que priorizava a segurança nacional, que serviria como base para a unidade nacional e a ascensão do novo governo, foi dada importância especial ao setor das telecomunicações. A repressão militar modificou o enfoque da cobertura televisiva: a inviabilização da cobertura política independente foi decisiva para o desenvolvimento da cobertura das áreas internacional e econômica, sendo esta de significativa importância para o governo em um momento em que o crescimento da economia brasileira parecia ser definitivo.

Tal preocupação com o setor em análise se evidencia no momento em que são executados vários programas previstos pela Lei 4.117. Um deles se constitui na criação da Empresa Brasileira de Telecomunicações – EMBRATEL. Criou-se, ainda, a Telebrás (Telecomunicações Brasileiras S.A), cuja finalidade era o disciplinamento das empresas privadas de telecomunicações.

A Carta Política de 1967, submeteu os pedidos de concessão dos serviços de radiodifusão e instalação de equipamentos em área de relevância nacional, à apreciação do Conselho de Segurança Nacional, conforme prevê o artigo 90, inciso II, alínea “a”. No que se refere à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão, a novidade viria com o acréscimo da garantia da liberdade de convicção política e religiosa, nos termos do artigo 150, § 8º. A Emenda nº 01, de 1969, continha a proibição da propaganda de preconceitos de religião e publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

A Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo exclusivo para o tratamento do setor da comunicação social, mormente o setor de radiodifusão, intitulando-se “Da Ordem Social”, que se estende dos artigos 220 a 224, além, de alguns dispositivos no corpo do diploma constitucional.

O capítulo inicia-se com a vedação a qualquer censura à liberdade de expressão, descrevendo sua amplitude, ao mesmo tempo em que exige respeito aos demais direitos fundamentais capitaneados pelo diploma constitucional. A Constituição determina ao Poder Público, mediante lei federal, algumas tarefas basilares, tais como: classificar e indicar os espetáculos públicos de acordo com sua natureza, faixa etária, local e horário recomendáveis para sua exibição ; estabelecer meios de proteção eficazes para os interesses dos pais e da família em face de programação de rádio e televisão; determinar a proibição de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação e maior autonomia para os meios impressos (§ 6º).

De fato, ao estatuir todo um capítulo sobre o tema, o texto constitucional vigente buscou adequação aos aspectos midiáticos de antanho (notadamente a grande propagação da mídia televisiva). A grande guinada do novo texto consiste na atribuição de um claro papel ao Estado (não somente sob um ponto de vista absentéista, como ocorria) na mediação das relações entre mídia e sociedade, balizada pelo alcance de uma democracia plural.

Historicamente, a partir de 1962, com a entrada em vigor do Código Brasileiro de Telecomunicações, ainda vigente, foram definidos critérios para regulação de conteúdo da mídia no Brasil¹²⁷, afirmando, em seu artigo 38, d, que “os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade das empresas de radiodifusão estão subordinados às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando aos superiores interesses do País”.

Além do CBT e da Constituição Federal, outras normas podem ser consideradas “aderidas” ao sistema nacional de regulação de conteúdo na radiodifusão. A Lei 7.716/89, em seu artigo 20, determina pena de 1 a 3 anos de três anos para quem praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional¹²⁸. No Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), é possível observar novas normas de cunho contudístico, a exemplo da que regulamenta a obrigação constitucional (Art. 220, §3º) no seu artigo 74.

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/10) define no seu artigo 26 que o Poder Público adotará medidas necessárias para coibir a utilização dos meios de comunicação social para difundir proposições, imagens, ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados em religiosidade de matrizes africanas. O Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) define como crime a divulgação de imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso (art. 105).

Além destes exemplos, há tratados e convenções internacionais, um deles já ratificado pelo Brasil, cujo propósito é a regulação de conteúdo, aplicável à radiodifusão. Exemplo disso é a Convenção Americana de Direitos Humanos, que em seu artigo 13 propaga a liberdade de pensamento e expressão, para propagar e receber informações¹²⁹, ao passo em

¹²⁷ BARBOSA, *op. cit.* p. 55.

¹²⁸ A redação original do artigo, conforme inclusa pela 8.801/1990, tinha o seguinte teor: Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

¹²⁹ Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da

que afasta qualquer ideia de censura prévia. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, a qual prevê que seus Estados Partes deverão “estimular os meios de comunicação a elaborar diretrizes adequadas de difusão que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas suas formas e a realçar o respeito à dignidade da mulher”.

É possível apontar, com base em todo o arcabouço legal acima exposto, que, na prática, há pouco ou quase nenhum cumprimento às determinações constitucionais ou infralegais relacionadas à comunicação social, conforme exploraremos no tópico seguinte.

3.3 Conflito entre a realidade brasileira de radiodifusão e filiação do constituinte de 1988

Da leitura do artigo 220 da Constituição, é possível observar que o constituinte previu, como regra, a atuação negativa do Estado, no que se refere à preservação da manifestação do pensamento, a criação, a expressão ou a informação, ressalvado o disposto no próprio texto constitucional.

As ressalvas diretas à intervenção estatal que faz o texto podem ser exemplificadas pelo direito de resposta (art. 5º, V) e pelo direito à informação (art. 5º, XIV). Indo além, é possível estender tais hipóteses de intervenção se considerarmos que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é o pluralismo (art. 1º, V).

Na lição de Sarmiento, a atuação dos meios de comunicação social tem papel fundamental na promoção do pluralismo uma vez que são eles o “principal fórum da esfera pública, onde travam-se os debates que efetivamente influenciam a opinião pública na sociedade moderna. Por isso, a regulação destes meios de comunicação deve visar à promoção do pluralismo, que dificilmente será alcançado sem a intervenção estatal, ainda mais à vista da estrutura oligopolizada da mídia brasileira”¹³⁰.

Ainda de acordo com Sarmiento, podemos afirmar que esta dualidade da postura estatal com relação à comunicação social deriva de dois fatores principais: as garantias à liberdade de expressão como uma reação aos sucessivos desrespeitos a estes direitos praticados nos anos do Regime Militar e a ideia de que, em uma sociedade injusta e desigual

ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 16, p.1-39, ago. 2007.

como a brasileira, não seria a melhor solução deixar o manuseio do respeito aos direitos e garantias elencados na “mão invisível” do mercado¹³¹.

O constituinte teria, assim, feito uma escolha por uma postura ativista do Estado e este deveria não apenas se abster de violar estes direitos, mas agir, “seja para protegê-los diante de ameaças representadas pela ação de terceiros, seja para assegurar as condições materiais mínimas necessárias à viabilização do seu exercício pelos mais pobres”¹³².

Para Luís Roberto Barroso, é evidente a guinada da Constituição Federal de 1988 com relação à comunicação social. A razão para tanto, de acordo com o referido autor, é até mesmo intuitiva. Em suas próprias palavras¹³³:

A razão para o tratamento constitucional diferenciado para os meios de comunicação de massa é intuitiva. É que eles têm imensa capacidade de influenciar a formação da opinião, da ideologia e da agenda social, política e cultural de um determinado povo. Além disso, oferecem maior risco potencial de lesão a direitos subjetivos que a Constituição quer proteger, como a vida privada, a honra, a imagem, os direitos autorais, dentre outros. Por isso, a Carta de 1988 dedicou especial atenção aos meios que, à época de sua promulgação, eram capazes de veicular mensagens a um público amplo, caracterizando-se como meios de comunicação de massa

As diretrizes básicas para eventual intervenção estatal na comunicação social também foram lançadas pelo próprio texto constitucional, notadamente no que se refere ao sistema de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Neste sentido, define o artigo 21, XII, “a” que compete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.”. Tal competência deriva da escassez das ondas de difusão deste sistema, não sendo possível o acesso de todos os que buscarem estabelecimento em tal mercado.

Além desta limitação “física”, que impõe a ação estatal, no sentido de definir quem pode operar nos sistemas referidos na norma constitucional, há outras, de cunho conteudístico, também trazidas no bojo da Constituição, notadamente no artigo 221, ao estabelecer as preferências a serem respeitadas quanto à produção e programação de emissoras de rádio e televisão.

Vê-se, assim, que se procura dar voz ao conteúdo regionalizado, bem como a aspectos culturais, educacionais, dentre outros parâmetros lançados pelo constituinte. Para os

¹³¹ *Ibidem*, p. 29.

¹³² *Ibidem*, p. 30.

¹³³ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, comunicação social e novas tecnologias. Revista brasileira de direito público, Belo Horizonte, v. 1, n.º 3, p. 111-137, out/dez 2003, p. 115.

fins de todo o exposto no capítulo constitucional que versa sobre a comunicação social, foi instituído o Conselho de Comunicação Social.

Tal conselho fora instituído com base na Lei 8.389/91 e tem seus membros eleitos em sessão conjunta do Congresso Nacional para mandatos de dois anos, permitida uma recondução. Constitui-se em um órgão auxiliar do Congresso Nacional, que atua por meio da realização de estudos, emissão de pareceres, recomendações e outras solicitações especialmente sobre temas relacionados à comunicação social, a exemplo de renovação de concessões públicas, monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social, produção e programação das emissoras de rádio e televisão.

Em pesquisa feita no sítio eletrônico de tal conselho, observa-se uma atividade constante no suporte ao Congresso Nacional no que pertine às atividades previstas na lei que criou o Conselho¹³⁴. Ainda assim, a atividade está adstrita, por óbvio, à vontade do Congresso, não tendo as deliberações do Conselho força cogente com relação à comunicação social, podendo estar vinculada ao império da política, reforçado em períodos eleitorais.

Beatriz Barbosa aponta que a dispersão legislativa é refletida, de certa forma, na dispersão regulatória existente no Brasil¹³⁵, havendo atuação de diversos órgãos regulando diversas condições estatuídas em várias normas, embora todos estejam vinculados ao Poder Executivo. Neste sentido, há atuação Ministério da Justiça, no que toca à classificação etária da programação. A regulação da concorrência fica a cargo do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, enquanto que o acompanhamento do cumprimento das normas técnicas fica a cargo da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, competindo, por fim, ao Ministério das Comunicações, acompanhar e fiscalizar o cumprimento das normas referente à radiodifusão¹³⁶.

Com relação ao CADE, reforçando a tese de que o controle exercido é apenas superficial, apenas recentemente o órgão manifestou-se sobre algum caso envolvendo empresas de comunicação ao analisar o ato de concentração envolvendo a AT&T e a Time Warner¹³⁷. Tal decisão, no entanto, ateu-se exclusivamente aos aspectos econômicos/concorrências, conforme se depreende das palavras do Conselheiro Alexandre Barreto de Souza¹³⁸:

¹³⁴De com consulta feita ao endereço eletrônico <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/conselhos/-/conselho/ccs>>, acesso em 18 de fevereiro de 2017, às 13:48.

¹³⁵ BARBOSA, *op. cit.*, p. 61

¹³⁶ BARBOSA, *op. cit.*, p. 60

¹³⁷ Ato de Concentração 08700.001390/2017-14

¹³⁸ Ato de Concentração 08700.001390/2017-14

Outro ponto fundamental verificado no presente Ato de Concentração foi o entrelaçamento de questões concorrenciais com questões de outras agências governamentais. Nesse sentido, Notas Técnicas tanto da Agência Nacional de Telecomunicações quanto da Agência Nacional do Cinema expuseram entendimento de que a operação apresenta indícios de violação ao art. 5º da Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011 (Lei do SeAC).

É importante deixar claro que a atuação do CADE no presente Ato de Concentração limitou-se aos aspectos concorrenciais propriamente ditos, não considerando questões de competência de outras agências reguladoras.

Ressalto, ainda, que os remédios propostos buscam justamente solucionar os possíveis problemas concorrenciais da operação. A apreciação de questões de fora do âmbito de defesa da concorrência, inclusive possíveis violações à Lei do SeAC, ficará a cargo da ANATEL e da ANCINE. Assim, enfatizo que o processo de concentração ora em análise dependerá, para sua consumação, da autorização das citadas agências, conforme suas respectivas responsabilidades legais".

É possível afirmar que a regulação feita com base na estrutura atual não logra resultados práticos, seja para fazer cumprir aquilo que diz a Constituição, seja com relação às normas infraconstitucionais.

Há uma tendência do Estado brasileiro em garantir a liberdade de expressão, a praticamente qualquer custo, com base no que dispõe a Constituição Federal, olvidando, contudo, dos demais preceitos definidos na Carta Magna.

Essa não deve, no entanto, ser uma visão unilateral da comunicação social. Nas palavras de Sarmiento¹³⁹:

É claro que a submissão da mídia audiovisual ao regime dos serviços públicos não significa a não incidência sobre a atividade que desempenham dos valores constitucionais inerentes à liberdade de expressão. Mas significa, sim, que por uma interpretação sistemática do texto maior, que vise a harmonizar estes pólos em aparente tensão, deve-se compreender que o foco principal da liberdade de expressão no que tange à radiodifusão são os direitos comunicativos do público de ter amplo acesso a informações e a pontos de vista diversificados sobre temas de interesse geral, e não a liberdade negativa dos titulares das emissoras, de transmitirem o que bem entenderem.

Sendo a exploração da radiodifusão considerada um serviço público, os concessionários, inegavelmente, estão adstritos a um regime diferenciado, com base nas normas e regimes já apontados acima. Conforme também já possível depreender até este ponto do trabalho, tal estrutura não tem sido suficiente à promoção dos preceitos constitucionais de pluralismo e de utilização da mídia como elemento de aprofundamento da democracia, seja por conta do caráter altamente oligopolizado do sistema de radiodifusão, seja

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 16, p.1-39, ago. 2007, p. 35

por conta das concessões (e suas renovações) obedecerem a critérios majoritariamente políticos.

Neste tocante, tramita no Supremo Tribunal Federal a ADPF 379, de autoria do PSOL, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tendo por objeto principal questionar: (i) a outorga e a renovação, pela União, de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, diretos ou indiretos; (ii) a aprovação, pelo Congresso Nacional, de tais atos de concessão/permissão/autorização; (iii) a diplomação de tais políticos pelo poder Judiciário; (iv) o o empobrecimento de tais políticos pelo Poder Legislativo; (v) a omissão da União em fiscalizar as concessões, autorizações e permissões de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, diretos ou indiretos.

Tal ação tem por base a outorga feita à empresa Tropical Comunicação Ltda (Portaria 517 do Ministério das Comunicações), a qual possuía em seu quadro societário o Senador José Agripino Maia (DEM/RN), assim com relação aos atos de diplomação dos Deputados Federais Aníbal Ferreira Gomes (PMDB/CE) e Domingos Gomes de Aguiar Neto (PMB/CE) e do Senador Tasso Ribeiro Jereissati (PSDB/CE), expedidos pelo Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, sob a alegação de que seriam, respectivamente, sócios da Rádio Difusora do Vale Acaraú Ltda, da Rádio Difusora dos Inhamuns Ltda e da FM Jangadeiro Ltda e TV Jangadeiro Ltda, todas empresas atualmente gozando de concessões no sistema de radiodifusão. A peça inicial cita, ainda, diversos outros exemplos de políticos eleitos e que são/eram sócios de empresas que gozam de alguma concessão pública no sistema de radiodifusão.

O fundamento constitucional da ação reside na violação de diversos preceitos insculpidos na Constituição Federal de 1988, a exemplo dos artigos 54 e 220 da CF/88 e traz dados interessantes a respeito da intersecção entre os campos midiáticos e político. Segundo o petítório¹⁴⁰:

Em 1980, 103 políticos de 16 estados controlavam, direta ou indiretamente, emissoras de rádio e televisão. A prática foi mantida no período de redemocratização. No período de 15 de março de 1985 a 05 de outubro de 1988, o então presidente José Sarney e o então Ministro das Comunicações Antônio Carlos Magalhães distribuíram 91 outorgas de radiodifusão diretamente a deputados e senadores constituintes. Dos 559 constituintes, 146 parlamentares, ou 26,1% do total, eram controladores de empresas prestadoras do serviço de radiodifusão.

O governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, segundo a Folha de São Paulo, distribuiu 357 outorgas para a prestação de serviço de radiodifusão educativo,

¹⁴⁰ ADPF 379, p. 34

entre os quais ao menos 23 foram direta ou indiretamente para políticos. O Governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por sua vez, havia distribuído, até agosto de 2006, 110 outorgas de emissoras educativas, entre as quais ao menos 7 canais de TV e 27 de rádio foram distribuídos a fundações ligadas a políticos.

Outro ponto de claro desencontro entre o texto normativo e a realidade é o referente à rede de televisão pública. Uma vez que o artigo 223 da Constituição Federal determina a complementaridade entre os sistemas públicos, privado e estatal. De acordo com Sarmiento, a inexistência não só de uma mídia pública, mas a falta de estímulos ao surgimento de veículos alternativos é duro golpe na promoção do pluralismo¹⁴¹.

Ainda sobre o não incentivo ao desenvolvimento de mídias alternativas, o Estado brasileiro, ao revés, combate de forma feroz qualquer tentativa de desenvolvimento de um canal neste sentido, como pode ser verificado no caso das rádios comunitárias.

De acordo com Sarmiento¹⁴²:

As rádios comunitárias estão reguladas no Brasil pela Lei. 9.612/98. Todavia, cumpre notar que tem havido sérias falhas na atuação do Poder Público nesta seara. A lentidão do Estado na outorga das licenças e a imposição de exigências burocráticas praticamente intransponíveis para as pessoas pobres e humildes que normalmente exploram estas rádios têm arrastado muitos destes veículos para situações de irregularidade. Neste contexto, as pessoas que se envolvem na exploração de rádios comunitárias – geralmente lideranças sociais em áreas carentes –, apesar de desempenharem um papel extremamente relevante na democratização da comunicação social, ficam sujeitas não só ao exercício do poder de polícia do Estado – sempre mais duro contra os despossuídos do que contra os poderosos – como também aos rigores de uma legislação penal draconiana e desproporcional. Na prática, ao invés de estimular as rádios comunitárias, como seria o seu dever constitucional, o Estado as tem coibido, atuando em consonância com os interesses da grande mídia.

Considerando todo o arcabouço constitucional sobre o tema, bem como as instituições e normas infraconstitucionais pertinentes à matéria atualmente, vê-se que, uma vez que se assume alguma validade e força cogente aos mandamentos constitucionais, é necessária a implementação de medidas que permitam ao Estado cumprir o dever que lhe incumbiu o Constituinte. No próximo capítulo, com base, também, na análise da experiência vivenciada em outros países, procuraremos indicar, tendo como premissa a vedação a qualquer tipo de censura prévia, que tipos de medidas intervencionistas seriam adequadas dentro do cenário jurídico brasileiro atual, seja para suprir as lacunas do nosso modelo de regulamentação e a ineficiência dos mecanismos existentes no Brasil, decorrendo do efetivo cumprimento destas normas o direito de renovação das concessões (art. 67, parágrafo único).

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 16, p.1-39, ago. 2007, p. 36.

¹⁴² *Ibidem*, p. 37

4 REGULAÇÃO DE MÍDIA NO BRASIL

Como visto no capítulo anterior, feitas as ressalvas quanto aos cortes temporal e geográfico, algumas nações, de diversas formas, procuraram cotejar a garantia da liberdade de comunicação (e de imprensa), com os preceitos democráticos em que se fundam suas constituições.

No fim do capítulo anterior, apresentou-se como o modelo atual de regulação de mídia brasileiro – se é que podemos denominá-lo modelo, ante a imensa colcha de retalhos em que se constitui - não encontra amparo no texto constitucional vigente, seja por incompatibilidade das normas existentes com a Constituição, seja por afronta direta ao texto, seja por ausência de normas reguladoras para alguns pontos, sendo possível apontar a necessidade de uma intervenção regulatória a fim de que haja um marco legal para a comunicação social que cumpra a promessa constituinte de uma democracia baseada em termos pluralistas.

Assevera Barbosa¹⁴³ que como “direito fundamental e atributo essencial da pessoa humana, a liberdade de expressão não pode ser objeto de propriedade de ninguém”, constituindo a liberdade de expressão ponto fundamental para a garantia e desenvolvimento de sociedades democráticas¹⁴⁴.

Dessa forma, após a realização de alguns delineamentos referentes ao aparente conflito entre regulação da comunicação social e liberdade de expressão, bem como da apresentação das tentativas de regulamentação do capítulo da Constituição Federal destinado à Comunicação Social, passaremos a analisar como pode ser aperfeiçoada a regulação de mídia (notadamente audiovisual) sob o ponto de vista econômico/político e de conteúdo, fazendo um brevíssimo cotejo com realidade vivenciada por outras nações, bem como apontando como cada um dos modelos apresentados poderia agregar ao modelo constitucional brasileiro.

Como antedito, a comunicação social constitui direito fundamental, corolário da liberdade de expressão. Sua interação com outros sistemas, notadamente o político e o econômico, deve observar alguns critérios de forma a mitigar a grande influência e controle que naturalmente os demais sistemas exerceria sobre a comunicação social.

A oferta exacerbada de canais e outras formas de acesso audiovisual, embora seja uma das formas de proteção à autonomia, liberdade da imprensa e ao conteúdo plural da

¹⁴³ BARBOSA, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 19

mesma, não pode ser tida como a única forma de proteção a tal sistema. De fato, afirma Bucci¹⁴⁵ que “a TV não manda ninguém fazer o que faz; antes autoriza, como espelho premonitório, que seja feito o que já é feito. Autoriza e legitima práticas de linguagem que se tornam confortáveis e indiscutíveis para a sociedade, pelo efeito da enorme circulação e da constante repetição que ela promove.”

Partindo de um sistema socioeconômico estruturado de forma centralizadora, oligárquica e concentrada, como o brasileiro, o sistema audiovisual funcionaria, assim, como mero reproduzidor de tais práticas, sendo necessário, pois, a intervenção/atuação de algum agente – preferencialmente externo ao sistema – com o fito de garantir o cumprimento da promessa constitucional à matéria.

4.1 Regulação X censura

Um ponto a ser destacado antes de se adentrar no mérito da regulação de mídia eletrônica no Brasil, é a distinção deste instituto com a censura. Na realidade brasileira, as tentativas recentes de tramitação de qualquer projeto relacionado à regulação de mídia, especialmente nos governos Lula (2003-10) e no Primeiro Governo Dilma (2011-2014), foram majoritariamente tratadas como tentativa de censura às atividades jornalísticas, sem que houvesse um debate apropriado sobre a matéria que se pretendia colocar em pauta.

Muito embora uma das características dos Estados tidos por ditatoriais, notadamente nos séculos XIX e XX, e até mesmo no século XXI, tenha sido o amplo controle dos meios de comunicação, hodiernamente – e respeitados alguns pontos difundidos doutrinariamente e praticados em algumas nações, os quais serão expostos neste trabalho – não há que se confundir regulação estatal com censura. No ordenamento pátrio, essa distinção foi objeto de atenção do constituinte, conforme é possível depreender das palavras de Gadelho Junior¹⁴⁶:

o legislador constituinte cuidou de traçar distinção ontológica entre os mencionados vocábulos, conforme simples leitura dos §§§ 1º, 2º, 4º e 6º do art. 220, da Constituição Federal de 1988. Com efeito, no caso da regulamentação dos bens jurídicos protegidos neste capítulo, restou assegurado a mediação estatal por meio de disciplina legislativa, como

¹⁴⁵ BUCCI, Eugênio; KEHL, Maria Rita. Videologias: ensaios sobre televisão. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

¹⁴⁶ GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. Liberdade de Informação Jornalística e o papel circundante do Estado. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 94.

por exemplo, no caso da propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, que, segundo o §4º, do art. 220, da CF/88, estará sujeita a restrições legais, a refletir, pois, a institucionalização de uma escolha do legislador constituinte.

Para uma plena distinção entre mediação estatal e censura, cumpre realçar a definição da primeira. Nas palavras de Marçal Justen Filho¹⁴⁷:

a mediação estatal pode ser definida como o conjunto ordenado de políticas públicas que buscam a realização de valores econômicos e não econômicos, essas políticas envolvem a adoção de medidas legislativas e de natureza administrativa destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores fundamentais da república, a cidadania, dignidade humana, desenvolvimento regional, desenvolvimento nacional

Para Gadelho Junior, a interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988 “autoriza também concluir sobre a necessidade da mediação legislativa (reserva legal qualificada) para a compatibilização dos valores erigidos a dogmas pelo nosso constituinte”¹⁴⁸. O que é necessário verificar, como adiantamos, é quais os limites desta intervenção, a fim de que o direito à liberdade de expressão (e comunicação) não seja desproporcionalmente afetado.

Para além do que discute este trabalho, focado nas relações entre mídia e democracia, a regulação, seja de conteúdo seja de cunho político/econômico, é algo presente e inerente à mídia audiovisual – com variação apenas na media - ao longo da história, seja com relação a restrição de assuntos por faixa etária, seja no sentido da vedação de discursos de ódio e incitação de condutas criminosas, etc. Todas estas intervenções do Estado nas empresas privadas de comunicação tiveram, frise-se, como pelo menos um de seus fundamentos, o fato de o sistema audiovisual existir em um meio limitado (o espectro de difusão eletromagnético), o que demandava uma participação estatal para “divisão” deste campo entre os interessados. Tal permissão de utilização do espectro vinha, quase sempre, acompanhada de uma série de obrigações ao “permissionário”, em já claros exemplos de mediação do Estado no exercício de uma atividade econômica e na esfera da liberdade de comunicação.

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002. p.40.

¹⁴⁸ GADELHO JUNIOR, op. cit, p. 148.

Nos Estado Unidos, por exemplo, há algum tempo há certo consenso entre a limitação de alguns tipos de discurso, especialmente os classificados como low value podem ser objeto de regulação desde que o Estado apresente razões legítimas para tanto¹⁴⁹.

Tais restrições encontram supedâneo nas teorias que versam sobre direitos fundamentais, notadamente no que se refere a eventuais conflitos entre tais direitos. Não é objeto do presente trabalho o aprofundamento de tais teorias. Para os fins a que nos propomos, mencionaremos, resumidamente, algumas das teorias que, a priori, poderiam fundamentar o entendimento pelo qual o Estado pode intervir neste setor, no sentido de impedir que eventual abuso no gozo de tais direitos afetem outros direitos igualmente previstos em um dado ordenamento.

Afirma Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, na qual lançou mão da denominada técnica de sopesamento de direitos (explicar a teoria com base no livro, citar bastante), que as normas de direito fundamental, em definição singela, seriam “aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais, as quais seriam, por sua vez, tudo aquilo que assim fosse denominado no texto da Constituição alemã”¹⁵⁰.

Adaptando tal conceito à realidade brasileira, é possível depreender, com base no disposto no §2º do artigo 5º da CF/88¹⁵¹, que o constituinte brasileiro instituiu o um sistema aberto de direitos fundamentais, revelando sua intenção de considerá-lo como algo além da Constituição¹⁵².

Prosegue o autor alemão, após indicar a exata abertura para constatação de normas de direitos fundamentais, explicando a estrutura de tais normas, chegando à distinção entre princípios e regras, tida pelo referido autor como “uma das colunas-mestras no edifício da teoria dos direitos fundamentais¹⁵³, sendo que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização”.

¹⁴⁹ Cass Sunstein afirma que “all speech are not the same. Here the law reflects a kind of compromise between the absolutists and the balancers. Some speech lies at the free speech core. Such speech must be regulated, if at all, only on the strongest showing of harm. Other speeches lies at the periphery or outside the of the Constitution altogether. This “low value” speech may be regulated if the goverment can show a legitimate, plausible justification. SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1995

¹⁵⁰ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, P. 65.

¹⁵¹ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁵² VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

¹⁵³ ALEXY, *op.cit.*,p. 85.

É possível afirmar, assim, com base no dito autor, que com relação aos princípios que norteiam a Constituição Federal, não há, a priori, a preponderância de um sobre outro. Há de se verificar, no caso concreto, as situações e condições que determinariam a aplicação de um de forma a torná-lo mais eficaz e de forma a prejudicar o outro princípio em conflito o menos possível.

Canotilho também argumenta de forma favorável à mediação dos direitos fundamentais pelo Estado ao delinear o que restou denominado como os limites imanentes dos direitos fundamentais. Em suas próprias palavras, os limites imanentes seriam¹⁵⁴:

o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protetivo de um direito, liberdade ou garantia. Assim, por exemplo, o direito de greve inclui, *prima facie*, no seu âmbito de proteção, a greve dos trabalhadores do serviço de saúde, mas, através da ponderação de princípios (bens) jurídico-constitucionais – direito à greve, saúde pública, bem da vida – pode chegar-se a excluir, como resultado desta ponderação, a greve total que não cuidasse de manter os serviços estritamente indispensáveis à defesa da saúde e da vida.

Uma postura ativa do Estado na efetivação de direitos previstos em suas normas balizadoras também conta com o suporte de Owen Fiss, ao afirmar que¹⁵⁵:

quando o Estado atua como um mediador, seu propósito não é determinar o resultado, nem tampouco preservar a ordem pública (como poderia ser nos casos dos protestos sobre o aborto), mas, ao contrário, assegurar a robustez do debate público. Tal objetivo modifica totalmente a análise. Não é que o enriquecimento do debate seja um objetivo mais valioso do que, por exemplo, a manutenção da ordem pública, e assim mais habilitado a escusar o impacto que a regulação exerce sobre o processo e, então, sobre o resultado. Pode ser que seja assim; mas eu estou defendendo um ponto mais fundamental, ou seja, que a alteração do resultado pelo fortalecimento do debate não é causa de preocupação. Não há nada de errado. O que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informação integral e sob condições adequadas de reflexão. Da perspectiva da democracia, não deveríamos reclamar, mas aplaudir o fato de que o resultado foi afetado (e presumivelmente) melhorado pelo debate aberto e completo.

¹⁵⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3a Ed. Coimbra: Almedina; 1999, p. 1282.

¹⁵⁵ FISS, *op. cit.*, p. 55.

Há de registrar, ainda, que, numa constituição analítica e condensada de valores como a atual constituição brasileira, não há uma norma (princípio) preponderante sobre as demais. É dizer que, por conta do princípio da unidade da Constituição, e uma vez que as normas foram promulgadas originariamente com o texto constitucional, não há como registrar, a priori, que haverá sempre preponderância, por exemplo, da liberdade de expressão em face da promoção do pluralismo no debate público.

Tal fato não quer dizer, no entanto, que não haja uma predisposição, doutrinária e jurisprudencial, à preferência de certos grupos de normas em face de outras. É reconhecido na doutrina e na jurisprudência uma determinada hierarquia axiológica entre umas e outras. De acordo com Barroso “porque assim é, deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios”¹⁵⁶.

4.2 Por que (e como) regular mídia.

Uma vez apontado que mediação estatal não importa, necessariamente, em censura, cumpre delinear as premissas básicas para atuação do Estado na comunicação social tendo por fito o alcance de um ambiente democrático mais plural, como reza a constituição brasileira vigente.

Como antedito, a comunicação social tem papel fundamento no bom funcionamento de uma democracia que se pretende pluralista. Como afirma Gavin¹⁵⁷:

And if broadcast news is, indeed, a significant source of information, it is doubly important that we have a clear understanding, not only of the impact of the forces, imperatives and pressure that shape its coverage of politics, but of the contours of the coverage itself. For if there is, indeed, an erosion in the quantity and quality of political news, this presages a decline in the overall health of informed democracy itself – as Hamilton (2004) quite rightly notes, ‘If too many voters lack information on too many topics ... politicians can enjoy too much freedom to pursue policies that constituents would reject if they were the actual decision makers’

¹⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª Edição, São Paulo: 2009, p. 187.

¹⁵⁷ GAVIN, Neil T. Press and television in british politics: media, money and mediated democracy. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2007, p. 17

A regulação, assim, teria papel fundamental para romper esse desequilíbrio e não seria algo inédito para vários ordenamentos jurídicos, como já apresentamos. A regulação econômica, no que se refere ao controle de diversos canais por uma mesma empresa ou pessoa, ou, ainda, na atuação de uma mesma empresa em diversos segmentos da comunicação social, é alvo de mediação do Estado em diversos lugares no mundo. Nos Estados Unidos, por exemplo, há regras bastante claras sobre a propriedade cruzada de veículos de comunicação, determinando a legislação que a FCC, a cada quatro anos, analise o quadro societário e o status do controle de cada empresa de mídia¹⁵⁸.

Cumprido, partindo deste pressuposto, apontar por que a regulação estatal seria a melhor ferramenta para materialização dos direitos fundamentais previstos na Constituição e de que forma tal materialização poderia ocorrer, conferindo maior pluralismo ao ambiente democrático (e ao debate público), sem que se configure algum tipo de censura dissimulada¹⁵⁹ ou controle indevido da atividade de mídia no país.

Como anunciado na introdução deste capítulo, a regulação da comunicação social pode ter caráter econômico-político, de conteúdo, ou ambos, como costuma acontecer. Considerando o enorme alcance dos meios de comunicação em massa, conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho, o potencial de tais meios para afetar de forma negativa o arranjo democrático é também muito grande. De acordo com Barbosa, “quanto maior o poder de um determinado setor e o desequilíbrio democrático provocado, maiores a necessidade e a intensidade de regulação por parte do Estado”¹⁶⁰. Ou, ainda, como afirma Comparato¹⁶¹:

Se, numa sociedade de massas, as opiniões, ideias, protestos ou propostas só podem ser manifestadas publicamente através dos meios institucionais de comunicação social, é evidente que esse espaço, por natureza público, não pode ser apropriado por particulares, atuando em ambiente não regulamentado.

Ao longo do tempo, e conforme indicamos em algumas passagens deste trabalho, a radiodifusão teve tratamento legal/constitucional diferente da imprensa escrita. Isto se dá, principalmente, porque sua exploração ocorre no espectro eletromagnético, que é um recurso público limitado, o que implicaria atuação de um ente estatal, já que é uma atividade que seria

¹⁵⁸ MENDEL, Toby; SALOMON, Eve. O ambiente regulatório para a radiodifusão: uma pesquisa de melhores práticas para os atores-chaves brasileiros. Tradução: Cláudia Bentes David. Brasília: UNESCO, 2011, p. 61.

¹⁵⁹ GADELHO JUNIOR, *op. cit.*, p. 148.

¹⁶⁰ BARBOSA, *op. cit.*, p. 22.

¹⁶¹ COMPARATO, Fábio K. Prefácio. In: LIMA, Venício. Liberdade de expressão X Liberdade de imprensa: Direito à comunicação e democracia. São Paulo: Publisher Brasil, 2010, p. 10.

impossível de ser praticada por todos que possuíssem interesse, sendo explorada apenas por meio de concessão pública.

Owen Fiss afirma, ainda, que não se pode olvidar quanto aos potenciais perigos de um Estado mais poderoso, complementando, no entanto, que “o risco de esses perigos se materializarem deve ser sopesado com o que bem que poderiam realizar”¹⁶², argumento corroborado por Sunstein, ao afirmar que “*restrictions of speech, once permitted, have a sinister and nearly tendency to expand*”¹⁶³.

Para Martins¹⁶⁴, qualquer restrição à liberdade de expressão deve contar com os seguintes pré-requisitos: (i) previsão legal; (ii) finalidade específica, de acordo com o ordenamento jurídico; e (iii) necessidade da intervenção. Em outras palavras, volta-se à Alexy e, ainda, faz-se referência à tripartição do princípio da proporcionalidade¹⁶⁵, tendo como norte a dignidade da pessoa humana.

A teoria democrática, assim, quando aplicada aos meios de comunicação em massa, notadamente o sistema de comunicação audiovisual, está intimamente relacionada à robustez do debate público. Nas palavras de Sarmento¹⁶⁶:

No modelo normativo da democracia deliberativa, as decisões públicas não devem ser o resultado do confronto entre indivíduos e grupos antagônicos, cada um perseguindo os seus próprios interesses particulares ou corporativos, mas sim o fruto de um diálogo, voltado para o entendimento, entre cidadãos que se reconhecem como livres e iguais, e que buscam uma solução para o seu desacordo que atenda ao bem comum, e que possa ser racionalmente aceita por todos.

Uma vez que a democracia deliberativa enfatiza o papel do debate público para a resolução dos diversos conflitos inerentes à vida em sociedade, e uma vez que este debate ocorre, principalmente, nos meios de comunicação de massa, cumpre verificar de que forma tais meios promovem o debate, bem como se interesses econômicos, não relacionados à promoção do pluralismo na democracia, direcionam a atuação de tais meios.

Para Bnenbojm, a regulação, feita nos limites do texto constitucional, não implicaria em censura, uma vez que as liberdades de expressão e imprensa são asseguradas “*como regra em seu aspecto defensivo, mas estão sujeitas à incidência modificadora de*

¹⁶² FISS, *op. cit.*, p. 60

¹⁶³ SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1995, p. 6.

¹⁶⁴ MARTINS, Paula L. Conteúdo e extensão da liberdade de expressão e suas limitações legítimas. In: *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

¹⁶⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza UFC. 1989. p.75

¹⁶⁶ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, p.1-39, ago. 2007, p. 21.

*outros princípios e regras constitucionais atinentes à matéria. Assim sendo, deve o agente concretizador (...) buscar uma concordância prática entre os valores condensados nos princípios em tela*¹⁶⁷

4.2.1 As relações entre empresas de mídia e políticos no Brasil e da concentração do mercado de mídia.

Alguns autores suscitam que as relações entre mídia e políticos no Brasil, com base em alguns episódios, são pouco – ou nada – republicanas. Há um caso famoso, por envolver o maior grupo de comunicação do país e sua relação com sistema político. Após uma controvérsia em torno da legalidade de aporte de investimento estrangeiro¹⁶⁸ sem paralelo na concorrência, a Rede Globo serviu, nas palavras de Miguel como “vetor da integração nacional, verdadeira obsessão geopolítica do regime autoritário”¹⁶⁹. E não era outro o objetivo da emissora que não ser “global” no território nacional, isto é, consolidar uma rede de emissoras aptas a servir como palanque nacional para algum tipo de discurso¹⁷⁰, exatamente como almejado pelos então ocupantes do poder. O crescimento da Rede Globo deu-se concomitante à maior penetração de receptores de TV no Brasil, fruto da atuação do governo militar neste propósito.

Sobre a utilização política da força da mídia, notadamente nos atos do Regime Militar (1964-85), Thomas Skidmore, autor americano dedicado ao estudo da política brasileira, vaticinou¹⁷¹:

This use of television was not surprising. Brazil had suddenly emerged as one of the Third World's most dynamic TV markets. Generous installment credit had been extended to purchases of TV sets in 1968, and the public responded with a buying surge. In 1960 only 9.5 percent of urban homes had TV, but by 1970 it was 40 percent. When Medici took office Brazil had 45 licensed TV stations. His government issued 20 new licenses, and in the process greatly aided

¹⁶⁷ BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa dos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, fev/mar/abr de 2006.

¹⁶⁸ MIGUEL, Luis Felipe. Meios de comunicação de massa e política no Brasil. **Diálogos latinoamericanos**, n. 3, 2001, P. 6

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 7

¹⁷⁰ HERZ, Daniel. A história secreta da Rede Globo. Porto Alegre: Editora Ortiz, 1991.

¹⁷¹ SKIDMORE, Thomas. The politics of military rule in brazil 1964-85. New York: Oxford University Press, 1988, p. 111

the growth of the O Globo network. A creation of Brazil's most successful conservative newspaper publishing empire, TVGlobo had earlier accepted partial financing from Time-Life. Its opponents—especially those connected with a rival TV network that was losing its licenses to TV-Globo—charged that the latter's financial link to Time-Life violated Brazil's Communications Law forbidding foreign ownership in the media. The government rejected this argument, and TV-Globo continued its climb to a dominant position in Brazilian TV. Its critics suggested this rise could be explained by TV-Globo's strongly pro-government programming during the Medici presidency.

A partir deste ponto indicado por Skidmore e até quando o dito Regime Militar possuía alguma força relevante, a repercussão do regime deu-se, via de regra, de forma positiva na emissora¹⁷², que só expandia sua atuação e liderança no mercado nacional.

Exemplo desta relação, pode ser visto na cobertura patriótica conferida a eventos esportivos, como a Copa do Mundo de Futebol de 1970, ainda de acordo com o que apresenta Skidmore, ao afirmar uma das técnicas utilizadas para promoção do Governo Militar era ligar futebol, música popular e o progresso do país ao Governo Médici, conforme projeto definido na Assessoria Especial de Relações Públicas¹⁷³ no auge da repressão ditatorial, ou, já quase que no ocaso do Regime, a (não) cobertura da passeata das Diretas Já, no ano de 1984.

Já após o fim do Regime Militar, alguns autores citam exemplos de abuso da posição dominante de alguns grupos de mídia, entre eles a Rede Globo, valendo-se da grande audiência e penetração que possuía no território nacional, no sentido de manipular pleitos eleitorais, seja por meio de edições de debate para favorecer determinados candidatos, seja adaptando a pauta de noticiários à estratégia de campanhas eleitorais de determinados partidos políticos¹⁷⁴. Além de não promover, atualmente, o pluralismo, conforme previsto na constituição, a TV Globo, teria, historicamente, se utilizado da concessão pública da qual era beneficiária para interferir em disputas políticas, fato alardeado pelo seu próprio fundador, já em 1987¹⁷⁵, em entrevista ao jornal The New York Times ao referir-se à sua interferência no pleito eleitoral que levou ao governo do Estado do Rio de Janeiro Leonel Brizola: “*He transformed the marvelous city that is Rio into a patio of beggars and peddlers. I came to*

¹⁷² MIGUEL, Luis Felipe. Meios de comunicação de massa e política no Brasil. **Diálogos latinoamericanos**, n. 3, 2001, p. 8.

¹⁷³ SKIDMORE, *op. cit.*, p. 111

¹⁷⁴ MIGUEL, Luis Felipe. Meios de comunicação de massa e política no Brasil. **Diálogos latinoamericanos**, n. 3, 2001, p. 12.

¹⁷⁵ Disponível em <http://www.nytimes.com/1987/01/12/world/rio-journal-one-man-s-political-views-color-brazil-s-tv-eye.html>, acesso em 11.06.2016.

consider Mr. Brizola harmful and dangerous, and I fought. I really used all possibilities to defeat him in the election”.

Ainda no início do período democrático conhecido por Nova República (1985 – presente), o quinquênio no qual José Sarney (1985-1990) ocupou a presidência da República foi pródigo em concessões para exploração de mídia audiovisual para políticos, em política tocada a partir do Ministério das Comunicações então chefiado pelo político baiano Antônio Carlos Magalhães.

De 1985-1988, período coincidente com os debates da Assembleia Constituinte, foram feitas 1.028 concessões de rádio e televisão, equivalente a 30% de todas as concessões já feitas até o Governo Collor¹⁷⁶.

Dentre tais concessões, 168 foram feitas a empresas ligadas a 91 deputados federais e senadores, dentre os quais 82 votaram de forma favorável à extensão do mandato do presidente Sarney para cinco anos¹⁷⁷.

Durante os o governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), embora tenha sido posto em vigência o Decreto 1.720/1995, o qual estabeleceu limites à outorga de concessões de rádio e televisão, também há fatos que apontam para um possível favorecimento a políticos em troca de concessões em votações no Congresso Nacional.

Pieranti¹⁷⁸ questiona se o referido decreto é tão republicano quanto alardeado. De acordo com o citado autor, havia uma brecha no texto que possibilitou a manipulação das concessões como moeda de troca política. É que as denominadas estações retransmissoras ficaram fora do escopo do decreto, e não necessitavam de concessões (adstritas aos termos do decreto), uma vez que o Decreto 81.600/978 definia que o funcionamento das retransmissoras (meras reproduzoras de conteúdo) dependia apenas de uma portaria do Ministério das Comunicações. Embora às vésperas da votação da Emenda que possibilitava a reeleição nenhuma concessão de televisão havia sido outorgada. Em contrapartida, 1.848 (um mil oitocentos e quarenta e oito) retransmissões de TV foram distribuídas, dentre as quais 268 ligadas ou controladas diretamente por políticos. Quase 400 dessas retransmissoras tiveram suas autorizações para funcionamento apenas um mês antes da votação, em primeiro turno, da Emenda das reeleições na Câmara dos Deputados.

¹⁷⁶ PIERANTI, Octavio Penna. Políticas para a mídia: dos militares ao governo Lula. Lua Nova, n. 68, p. 91-121. 2006, p. 108.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 109.

¹⁷⁸ *Ibidem*, P. 1110.

Para ilustrar o cenário atual da concentração de mídia no país (de propriedade e de audiência), passa-se a comentar o estudo feito pelo Media Ownership Monitor¹⁷⁹ no território brasileiro.

De acordo com a pesquisa Kantar IBOPE de 2016¹⁸⁰, levando-se em consideração apenas os dados de televisão aberta, a audiência é concentrada, basicamente, em 04 canais de televisão, os quais somados, ocupam aproximadamente 70% da audiência do país (Globo, 36%; SBT, 14,8%; Record, 14,7%; Bandeirantes, 4,1%).

Além deste fato, nota-se, no Brasil, a ausência (ou a não utilização) de mecanismos aptos a coibir a concentração de mídia horizontal. Há poucos mecanismos para limitar a chamada concentração horizontal (o controle de diversos veículos de um mesmo tipo de mídia). Há mecanismos que limitam o acúmulo de concessões (Decreto-Lei nº 236/1967, limitando a 10 em todo território nacional, e no máximo 5 na faixa VHF e 2 por Estado), que é, em leitura literal, cumprido. Já o Decreto-Lei 236/1967 que tem por escopo impedir a subordinação entre concessionárias ou permissionárias de serviço de radiodifusão é, rotineiramente, ignorado, uma vez que o sistema de mídia televisiva nacional tem por base as grandes redes nacionais e suas afiliadas.

A pesquisa Kantar IBOPE verificou, ainda, o alto de concentração na propriedade cruzada de meios de comunicação no Brasil. Este índice é medido tendo como a participação de cada uma das empresas ou grupos de mídia em empresas de outras áreas (televisão, jornais, revistas, TV a cabo, internet), com base nos dados de audiência apurado em cada um destes seguimentos. Foi apurado que a audiência dos quatro maiores grupos de mídia, somados, atinge mais de 70% da população nacional.

As pesquisas quanto ao controle de mídia tem grande dificuldade para alcançar algum grau de precisão, uma vez que inexistente, no Brasil, levantamento de dados de controle das empresas de mídia, a grande maioria sem ações listadas em mercado mobiliário.

Tampouco serve como elemento regulador efetivo o Decreto 52.795/1963, o qual impede que um sócio de uma empresa concessionária ou permissionária para serviços de radiodifusão integre o quadro societário de outra empresa outorgada/permissionária na mesma região, regra que pode ser facilmente burlada por meio da interposição de pessoas distintas (laranjas) nos quadros societários das empresas.

¹⁷⁹ De acordo com o seu próprio sítio eletrônico (<https://www.mom-rsf.org/>), o Media Ownership Monitor é um projeto mantido pelo projeto Repórter sem Fronteiras e busca monitorar, através da lista de proprietários dos canais de mídia de massa, eventuais riscos ao pluralismo nas informações veiculadas em diversos países.

¹⁸⁰ Disponível em <https://www.kantaribopemedia.com/>, acesso em 02.03.2018

Fato que não é raro no direito nacional, há mais de um órgão com competência para fiscalizar o mercado televisivo. O CADE, como já afirmamos, responsável por analisar fusões e aquisições e investigar práticas anticoncorrenciais, mas com atuação muito aquém dos poderes que possui, mormente em face do seu novo marco legislativo (Lei 12.529/2011). Além do CADE, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) e a Anatel possuem competência para atuar no setor, sem que haja, ainda, qualquer hierarquia entre os três órgãos citados.

Após a leitura das situações narradas acima, exsurtem alguns questionamentos: como proteger o ambiente democrático da influência de empresas de mídia controladas e criadas pelo poder político e como conter o surgimento de novos grupos similares, a fim de resguardar o debate público, sem ofender a liberdade de expressão?

4.3 Premissas para um modelo de regulação de mídia no Brasil

Assegurar a liberdade de expressão não deve se confundir com conferir carta branca às empresas de comunicação para agir ao arropio da Constituição Federal. Nas palavras de Meyer-Pflug assegurar a liberdade de expressão seria¹⁸¹:

garantir um espaço público de debate no qual todas as opiniões, por mais diversas e antagônicas que sejam, sobre todos os temas políticos, sociais, econômicos, religiosos, entre outros, são levados em consideração, isso é importante para a consolidação e aprimoramento da democracia. Ela não subsiste sem uma opinião pública livre, nesse sentido, a liberdade de expressão é fundamental para a democracia. Também serve como uma espécie de controle e fiscalização do exercício do poder. É imperioso que o indivíduo possa desfrutar da possibilidade de criticar, alertar, fiscalizar e controlar o próprio exercício dos mandatos eletivos. O poder de autodeterminação do indivíduo é adequado e útil para um regime democrático.

Owen Fiss aponta o papel determinante da imprensa para a promoção de valores plurais no seio de uma sociedade democrática. Para o referido autor, democracia é “um exercício de autogovernança coletiva, requerendo que oficiais governamentais sejam escolhidos pelo povo e que o Estado seja responsivo aos desejos e interesse do povo”¹⁸².

¹⁸¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 222.

¹⁸² Fiss, *op. cit.*, p. 99.

Com base nesta concepção, os cidadãos dependeriam de algumas instituições para concretizar tais prerrogativas, sendo a imprensa inegavelmente uma delas¹⁸³. Para que a imprensa exerça tal papel, no entanto, deve estar dota de autonomia econômica e jurídica com relação ao Estado¹⁸⁴.

Embora, atualmente, se observe a imprensa ocidental estruturada com base nesta autonomia econômico-jurídica, outros fatores – o mercado, especificamente - podem constranger sua atuação¹⁸⁵. De acordo com Fiss¹⁸⁶, “uma imprensa controlada por entidades privadas é livre de controles econômicos pelo Estado, o que é, obviamente, para o bem, mas ela é constrangida pela estrutura econômica na qual está inserida”. Ainda de acordo com o dito autor, os proprietários das mídias de massas, assim como qualquer outro empreendedor, procuram maximizar receitas e minimizar custos, visando a obtenção de lucros. As decisões sobre o negócio, assim, naturalmente são determinadas por esse desejo. Prossegue Fiss afirmando que “o mercado, pressionando a imprensa, pode fazer com que ela seja tímida na crítica ao governo ou a certos candidatos, quando as políticas governamentais ou as posições dos candidatos favorecem os interesses econômicos da imprensa.” A influência pode ocorrer, ainda, de forma sutil, através da não veiculação de matérias que, embora importante sob o ponto de vista democrático ou político, não teriam o condão de impulsionar os lucros da forma desejada. Arremata o referido autor afirmando que o combate aos efeitos da natural propensão ao lucro estaria, para alguns estudiosos, no Estado.

A regulação de mídia sob o ponto de vista econômico tem como razão, conforme visto anteriormente, o impedimento do controle do debate público pelos detentores de maior riqueza ou poder político. Não se trata de uma ação deliberada contra as empresas de comunicação. Nas palavras de Castells¹⁸⁷:

The medium is not the message, although it conditions the format and distribution of the message. The message is the message, and the sender of the message is at the source of the construction of meaning. In fact, it is one of the terms of this construction. The other is the receiving mind, both individual and collective. By collective mind, I mean the cultural context in which the message is received.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 99.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 100.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 101.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 102.

¹⁸⁷ CASTELLS, Manuel. *Communication power*. Oxford: Oxford University Press. 2009. p. 418.

Tal regulação poderia ocorrer a partir do próprio setor em questão – autorregulação – ou, quando inviável tal prática, mormente ante a disparidade entre os componentes do setor – ou ante a peculiar conjuntura na qual este mercado foi construído – pela atuação do Estado como agente regulador. Tratando da intervenção do Estado na economia, Taveira afirma que¹⁸⁸:

(...) almeja-se a redução da concentração econômica dos agentes particulares, de forma a alcançar uma igualdade jurídica material entre os mesmos. Com efeito, o elevado grau de centralização do poder econômico evita a dispersão dos fluxos de capital, não permitindo os efeitos multiplicadores do consumo e restringindo o desenvolvimento social. Surge aqui o papel dúplice do Estado, seja na repressão do abuso do poder econômico, seja na garantia de canais de transmissão de forma difusa na sociedade, atuando como agente catalisador do acesso à informação.

Para que a mediação não descambe rumo a uma indevida intervenção na esfera de autonomia privada, alguns pontos devem ser observados, a fim de que a liberdade dos empreendimentos de mídia não sofram mitigação de forma desproporcional. Ainda de acordo com Taveira¹⁸⁹, a restrição à liberdade do mercado deve respeitar algumas premissas, sempre com base na tríade da proporcionalidade¹⁹⁰, a saber:

“(i) a restrição à liberdade do mercado deve ser apropriada à realização dos objetivos sociais perquiridos – elemento adequação dos meios aos fins; (ii) o Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à liberdade de mercado; (iii) a restrição imposta ao mercado deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado, isto é, mesmo que aquela seja o meio menos gravoso, deve, em uma relação decreto-legislação racional tendo em vista a finalidade pública almejada, ‘valer a pena’-proporcionalidade em sentido estrito”

¹⁸⁸ TAVEIRA, Christiano de Oliveira. **Democracia e pluralismo**: uma proposta de reformulação do papel do estado na garantia da liberdade de expressão. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 84

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 88.

¹⁹⁰ A proporcionalidade da intervenção deve ser avaliada conforme a dimensão tríplice de tal princípio, na lição de Willis Santiago Guerra Filho (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza UFC. 1989. p.75), que afirma que, analisada com fulcro no princípio da proporcionalidade, uma medida será considerada “correta” se for adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, ou seja, se atinge o fim ao qual se destina, causando o menor prejuízo financeiro possível e, por fim, se as vantagens acarretadas com a adoção da medida superam as desvantagens que a mesma eventualmente traga em seu conteúdo.

Várias tentativas de regulação da mídia tiveram curso na história recente brasileira. Algumas não lograram êxito, como o Projeto de Lei da Câmara n.º 59/2003 de autoria da deputada federal Jandira Feghalli (PcdoB/RJ), que visava a regulamentação do inciso III do artigo 221 da Constituição Federal, constituindo regulação de conteúdo, portanto.

Dito projeto de Lei tinha por escopo, principalmente, a definição de quantidade mínima (em horas) de conteúdo a ser veiculado pelas emissoras de televisão com relação à produção regional, escalonando a quantidade conforme o alcance das redes emissoras e definindo penalidades em caso de descumprimento.

Pode-se afirmar que o conteúdo do referido projeto, o qual foi arquivado sem apreciação da matéria pelo plenário, doze anos após sua proposição, adequava-se ao preceituado pelo constituinte, podendo ser discutida, apenas, a quantidade de horas definida para a programação, sem que se considere como uma intervenção indevida na seara privada das empresas de comunicação¹⁹¹.

O texto buscava garantir a valorização de defesa da cultura nacional, bem como a democratização do acesso aos bens de cultura, ambos valores insculpidos na constituição¹⁹², nas palavras de Taveira¹⁹³:

Em verdade, a proposição em foco tem o condão de apenas concretizar norma-princípio constitucional de caráter programático (ou seja, de eficácia limitada). A despeito de constituir a liberdade de expressão um pilar da Lei Fundamental, a sua restrição decorre, nesse caso específico – programação de emissoras de rádio e televisão – de

¹⁹¹ Transcrevem-se os principais trechos do PL, para referência: Artigo 1º. As emissoras de televisão ficam obrigadas a veicular, no horário de cinco às vinte e quatro horas, programas culturais, artísticos e jornalísticos totalmente produzidos e emitidos nos estados onde estão localizadas as sedes das emissoras e/ou suas afiliadas, nas seguintes condições: I – vinte e duas horas semanais, no caso de emissoras que atendem áreas geográficas com mais de um milhão e quinhentos mil domicílios com televisores; II – dezessete horas semanais, no caso de emissoras que atendem áreas geográficas com menos de um milhão e quinhentos mil domicílios com televisores; III – dez horas semanais, no caso de emissoras que atendem áreas geográficas com menos de quinhentos mil domicílios com televisores. § 1º. Os valores estabelecidos nos incisos I e II deste artigo deverão, no prazo de cinco anos, alcançar respectivamente trinta e duas horas e vinte e duas horas, com o aumento, ao final de cada ano, de suas horas no primeiro caso e de uma hora no segundo. § 2º. No caso da Amazônia Legal, os valores estabelecidos serão atendidos considerando-se programas produzidos e emitidos na região.

Artigo 2º. No caso das emissoras de televisão, pelo menos quarenta por cento das horas semanais estabelecidas no art. 1º deverão ser obrigatoriamente cumpridos com a veiculação de produção independente. § único. Do total reservado à produção independente, pelo menos quarenta por cento deverão ser destinados à apresentação de documentários, de obras audiovisuais de ficção e de animação, incluindo teledramaturgia, e até cinco por cento à apresentação de obras audiovisuais de publicidade comercial.

Artigo 7º. O não cumprimento dos percentuais mínimos fixados nesta lei por parte das emissoras de rádio e televisão implicará, sucessivamente, a aplicação das seguintes penalidades: I – advertência; II – multa; III – suspensão da concessão por até vinte e quatro horas, no caso da primeira reincidência; IV – suspensão da concessão por até trinta dias, a cada reincidência

¹⁹² TAVEIRA, *op. cit.*, p. 100

¹⁹³ *Ibidem*, p. 87

autorização explícita do constituinte originário. Importa sublinhar: o interesse excepcional (*compelling interest*) contraposto à liberdade de expressão, hábil a “anular a sua posição preferencial em tese”, deflui do próprio texto constitucional.

O mesmo raciocínio utilizado para justificar a regulação de conteúdo no âmbito das empresas de comunicação (televisão) que atuam no sistema “aberto” pode ser utilizado para justificar a atuação do legislador ordinário para mediação do conteúdo veiculado pelas empresas atuantes no sistema “fechado”, com alguma ponderação diferente, no entanto.

Pode-se afirmar que, muito embora o artigo 221 da Constituição Federal faça referência apenas aos sistemas de rádio e televisão, a expressão televisão não pode ser resumida apenas a televisão aberta, até mesmo porque, à época de promulgação do texto, o acesso à tecnologia de TV por assinatura no Brasil era muito escasso.

Com base – também – em tal interpretação, foi promulgada, em 12 de setembro de 2011 a Lei Federal n.º 12.485, a qual versa sobre a comunicação social de acesso condicionado. Entre os principais pontos da nova lei, estão a definição dos princípios fundamentais da comunicação audiovisual de acesso condicionado¹⁹⁴ (TV fechada), definição de veiculação de conteúdo brasileiro mínimo na grade de programação dos canais que operam no sistema de comunicação social fechado¹⁹⁵, bem como limitação da participação das

¹⁹⁴ Art. 3o A comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios: I - liberdade de expressão e de acesso à informação; II - promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação; III - promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira; IV - estímulo à produção independente e regional; V - estímulo ao desenvolvimento social e econômico do País; VI - liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado.

¹⁹⁵ Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente. Art. 17. Em todos os pacotes ofertados ao assinante, a cada 3 (três) canais de espaço qualificado existentes no pacote, ao menos 1 (um) deverá ser canal brasileiro de espaço qualificado. § 1o Da parcela mínima de canais brasileiros de espaço qualificado de que trata o caput, pelo menos 1/3 (um terço) deverá ser programado por programadora brasileira independente. § 2o A empacotadora estará obrigada a cumprir o disposto no caput até o limite de 12 (doze) canais brasileiros de espaço qualificado. § 3o As empacotadoras que ofertarem pacotes distribuídos por tecnologias que possibilitem distribuir, no máximo, pacotes com até 31 (trinta e um) canais de programação estarão obrigadas a cumprir o disposto no caput deste artigo até o limite de 3 (três) canais, bem como serão dispensadas do cumprimento do disposto no art. 18. § 4o Dos canais brasileiros de espaço qualificado a serem veiculados nos pacotes, ao menos 2 (dois) canais deverão veicular, no mínimo, 12 (doze) horas diárias de conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, 3 (três) das quais em horário nobre. § 5o A programadora de pelo menos um dos canais de que trata o § 4o não poderá ser controlada, controladora ou coligada a concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens. Art. 18. Nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre, deverá ser ofertado pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação, observado o disposto no § 4o do art. 19. Parágrafo único. As programadoras dos canais de que trata o caput deste artigo não poderão deter relação de controle ou coligação entre si.

empresas veiculadoras de conteúdo nas empresas produtoras de conteúdo¹⁹⁶. Tal lei possui, portanto, elementos regulatórios tanto no âmbito econômico (espécie de vedação de propriedade cruzada) e de conteúdo (necessidade de produção de conteúdo nacional).

Como narrado no capítulo anterior e como apontado no presente, o Brasil possui algumas ferramentas – já há algum tempo – que regulam o conteúdo do que é transmitido nos mais diversos canais de mídia. A questão que toca diretamente o presente trabalho é: considerando o que dispõe a constituição, tais medidas tem sido suficientes? Para Beatriz Barbosa, não, considerando o quadro geral da comunicação social¹⁹⁷.

Para Leal Filho¹⁹⁸ sempre houve alguma recalcitrância do poder público para intervir no meio televisivo, embora existisse previsões nas constituições e demais normas do ordenamento, imperando, atualmente, a ausência de qualquer tipo de controle efetivo. As “emissoras continuaram a correr soltas, ocupando canais públicos mas sem dar ao público qualquer satisfação sobre a qualidade do serviço a ele prestado¹⁹⁹”.

Outro dispositivo normativo que compõe o sistema brasileiro de regulação de mídia, com espeque no texto da Constituição Federal, é a Lei Federal 13.188/2015, que trata do direito de resposta, em atendimento ao que determina o artigo 220, §3º, II, da Carta Magna²⁰⁰.

¹⁹⁶ Art. 5º O controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços. § 1º O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços. § 2º É facultado às concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e a produtoras e programadoras com sede no Brasil, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, prestar serviços de telecomunicações exclusivamente para concessionárias e permissionárias dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens ou transportar conteúdo audiovisual das produtoras ou programadoras com sede no Brasil para entrega às distribuidoras, desde que no âmbito da própria rede. § 3º É facultado às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, controlar produtoras e programadoras com sede no Brasil que exerçam atividades exclusivamente destinadas à comercialização de produtos e serviços para o mercado internacional.

¹⁹⁷ BARBOSA, *op. cit.*, p. 59.

¹⁹⁸ LEAL FILHO, Laurindo Lalo. A TV sob controle: a resposta da sociedade ao poder da televisão. São Paulo: Summus Editorial, 2006, p. 10.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 10.

²⁰⁰ § 3º Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Tal norma define, basicamente, as condições administrativas e judiciais para concessão do direito de resposta, sendo aplicável aos veículos de comunicação social, excluídos os comentários realizados por usuários de plataforma de internet nas páginas eletrônicas de tais veículos de comunicação.

A lei define, assim, a forma do pedido e o prazo para concessão administrativa do pedido de direito de resposta (art. 3º), bem como a forma pela qual este pode ser exercido. É importante registrar que a lei procura a reparação do fato ensejador do direito de resposta na mesma proporção da publicação original, e suas reverberações, conforme artigo 4º²⁰¹.

Prossegue o diploma legal definindo as condições para instrução do pleito inicial, em caso de necessidade de ação judicial (art. 5º), bem como os prazos para apreciação da media pelo poder judiciário, além de regras de competência.

Importa destacar, por fim, que o direito de resposta já poderia ser objeto de judicialização antes da promulgação do diploma legal em comento. O que a nova lei determina é um rito extraordinário, com prazos diferenciados para citação e apreciação de medida, bem como com a possibilidade de atribuição de multa para forçar seu cumprimento. O próprio diploma deixa claro, por fim, que os danos morais e materiais, bem como a responsabilidade criminal deverão ser apurados em ação própria, não se confundindo o valor da multa aplicada para forçar o cumprimento da obrigação com eventual indenização a ser recebida por aquele que foi prejudicado pela publicação²⁰².

Gustavo Binembojm afirma que 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 a apresentar seus próprios pontos de vista”²⁰³.

²⁰¹ Art. 4º A resposta ou retificação atenderá, quanto à forma e à duração, ao seguinte: I - praticado o agravo em mídia escrita ou na internet, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a dimensão da matéria que a ensejou; II - praticado o agravo em mídia televisiva, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou; III - praticado o agravo em mídia radiofônica, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou. § 1º Se o agravo tiver sido divulgado, publicado, republicado, transmitido ou retransmitido em mídia escrita ou em cadeia de rádio ou televisão para mais de um Município ou Estado, será conferido proporcional alcance à divulgação da resposta ou retificação. § 2º O ofendido poderá requerer que a resposta ou retificação seja divulgada, publicada ou transmitida nos mesmos espaço, dia da semana e horário do agravo. § 3º A resposta ou retificação cuja divulgação, publicação ou transmissão não obedeça ao disposto nesta Lei é considerada inexistente. § 4º Na delimitação do agravo, deverá ser considerado o contexto da informação ou matéria que gerou a ofensa.

²⁰² Art. 12. Os pedidos de reparação ou indenização por danos morais, materiais ou à imagem serão deduzidos em ação própria, salvo se o autor, desistindo expressamente da tutela específica de que trata esta Lei, os requerer, caso em que o processo seguirá pelo rito ordinário. § 1º O ajuizamento de ação cível ou penal contra o veículo de comunicação ou seu responsável com fundamento na divulgação, publicação ou transmissão ofensiva não prejudica o exercício administrativo ou judicial do direito de resposta ou retificação previsto nesta Lei. § 2º A reparação ou indenização dar-se-á sem prejuízo da multa a que se refere o § 3º do art. 7º.

²⁰³ BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa dos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, fev/mar/abr de 2006, p. 15

Tais tentativas de regular o disposto com relação à comunicação social na Constituição Federal tem pouca – ou nenhuma – efetividade, quando analisadas isoladamente, uma vez que o sistema encontra-se engessado pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, instrumento com disposições arcaicas, conforme brevemente exposto no capítulo anterior.

A gênese de tal código encontra-se na extinta lei de imprensa²⁰⁴ e foi, nas palavras de Correia²⁰⁵, “fruto de uma batalha de aproximadamente 20 anos, travada entre os radiodifusores e o governo. O que deveria ser uma lei apenas para a radiodifusão, após a intervenção do presidente Juscelino Kubitschek (1956-1961), foi ampliada para o gênero telecomunicações e sua espécie radiodifusão”.

Nos anos 1990, com o intuito de viabilizar as privatizações do setor de telefonia, o governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) estabeleceu alguns marcos legislativos para que tal desiderato fosse alcançado. Inicialmente, foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995²⁰⁶, a qual permitiu a quebra do monopólio estatal nos serviços de telecomunicações, separando a telecomunicação da radiodifusão.

Com tal separação, as telecomunicações passaram a ter um novo regulamento, entabulado na Lei Geral de Telecomunicações (LGT – Lei 9.472/1997), de acordo com a tecnologia e nível de serviço da época, enquanto a radiodifusão seguiu com um “vazio regulatório”²⁰⁷, nas palavras de Lima:

No Brasil, em sentido inverso à unificação das políticas públicas de comunicações, que predomina no resto do mundo, a radiodifusão foi excluída do alcance da legislação sobre serviços de telecomunicações desde 1995 e padece de um inédito vazio regulatório que certamente favorece aqueles atores que preferem a permanência indefinida do status quo normativo do setor.

²⁰⁴ CORREIA, Genira Chagas. Extinta Lei de Imprensa sobrevive no Código Brasileiro de Telecomunicações. Ponto e Vírgula, São Paulo, v. 9, p.81-88, jun. 2011. Semestral.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 82.

²⁰⁶ As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional: Art.1º O inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - a) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;" Art. 2º É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional.

²⁰⁷ LIMA, Venício. Comunicações no Brasil: novos e velhos atores. Mídia: teoria e política. São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2004.

A LGT exclui, expressamente, de acordo com seu artigo 215, I, a radiodifusão de seu escopo de atuação e de seus regulamentos atualizados e ainda, entre outras prescrições, classifica os serviços de televisão por assinatura como serviços de telecomunicações.

Tal fato, aliado à dificuldade até de tramitação de um projeto de lei para comunicação de massa, defasaram, ainda mais, a normatização da radiodifusão no Brasil.

Sobre as dificuldades para aprovação de uma Lei Geral de Comunicação de Massa, Maria Cristina Attayde²⁰⁸ relata que a proposta de criação de uma lei única da comunicação eletrônica tinha por objetivo principal a consolidação das regras do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), da Lei do Cabo (Lei n.º 8.977/95) e as demais resoluções sobre o MMDS (Multipoint Distribution Service) e Direct to home (DTH), além de inclusões de normas sobre infraestrutura. Este projeto inicial, de 1999, foi interrompido quando da alteração do Ministro das Comunicações (Pimenta da Veiga substituiu Sérgio Motta).

Prossegue Attayde²⁰⁹ afirmando que, no Governo Lula (2003-2010), houve duas outras tentativas de alteração do arcabouço legal da radiodifusão no Brasil. A primeira, em 2004, através de anteprojeto de lei que disciplinava a matéria em vários aspectos, inclusive quanto à forma de exploração, bem como pretendia a ampliação da ANCINE (Agência Nacional do Cinema), a qual passaria a ser chamada ANCINAV (Agência Nacional do Cinema e Audiovisual, com atribuições para regular e fiscalizar as transmissões da programação audiovisual. Tal anteprojeto também não foi levado adiante, sob o argumento de que a ausência de um marco legal regulatório para a mídia eletrônica daria uma margem de discricionariedade muito grande ao regulador, podendo acarretar em grande insegurança jurídica para o setor.

Em 2006, Attayde²¹⁰ nos informa de nova tentativa de mudança no audiovisual, desta feita com a criação de comissão interministerial para elaboração de anteprojeto visando a regulamentação dos artigos 221 e 222 da Constituição Federal.

O argumento de que as tentativas de regulamentação da mídia constituem simples tentativa de censurar eventuais opositores políticos não reflete o posicionamento dos nossos tribunais superiores, bem como não considera que governantes de diversas matizes procuraram tratar do tema. A garantia da liberdade de imprensa no Brasil tem sido objeto de discussão e de posicionamento por parte dos tribunais pátrios. O Supremo Tribunal Federal

²⁰⁸ ATTAYDE, A lei geral de comunicação eletrônica de massa e a qualidade da programação televisiva. Revista do Serviço Público. Brasília 58 (3), jul/set 2007, *passim*.

²⁰⁹ *Ibidem, passim*

²¹⁰ *Ibidem, passim*

posicionou-se de forma muito firme com relação ao tema no julgamento da ADPF n.º 130, na qual o PDT requereu a declaração de não recepção da Lei de Imprensa (5.260/67) pela Constituição Federal de 1988, conforme ementa abaixo transcrita parcialmente²¹¹:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS

²¹¹ STF, ADPF 130

FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

O dispositivo legal afastado do ordenamento possuía disposições que permitiam:

(a) a censura de espetáculos (art. 1º. §2º); (b) vedação à propriedade de empresas jornalísticas por estrangeiros (art. 3º), dentre outras que não guardavam pertinência com os novos mandamentos constitucionais.

A premissa maior do julgado em comento era o artigo 220 da Constituição, o qual ampliou o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, com base em dois fundamentos: a) os direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) não podem sofrer qualquer restrição ao seu exercício; b) que tal exercício de tais direitos estão adstritos, apenas, aos preceitos da própria Constituição.

Além desta premissa maior, o julgado reforçou outros pontos interessantes, sempre tendo por escopo a salvaguarda da liberdade de expressão no país, afastando qualquer possibilidade de exercício de censura prévia. Nos termos da ementa, “Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica”.

Ao passo que afastava as hipóteses de controle prévio (censura), o julgado reforçava as hipóteses previstas no ordenamento para responsabilização pelo abuso no exercício das liberdades conferidas pelo texto constitucional, ao afirmar a existência de “direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.”

Sobre as responsabilidades a que a imprensa estaria submetida, o julgado reforçou que a responsabilidade civil por danos morais deve guardar proporcionalidade com a liberdade de imprensa, uma vez que “a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa”, mas sem olvidar, no entanto, que a mera retratação não tem força suficiente a reparar eventual ofensa (“nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e

de esqualidez dessa liberdade, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade”).

Embora não compusesse o ponto principal da decisão, o pluralismo também foi abordado no julgado, ao se entender a imprensa como “irmã siamesa da democracia”, refletindo o princípio democrático na vedação de monopólio e oligopólio insculpida no art. 220, §5º da Constituição (“a imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF”).

O julgado tocou, ainda, no ponto referente a ação “negativa” do Estado no que toca às garantias de imprensa, ao referir-se a interdição parcial de legislar. De acordo com a decisão o “Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja”, não cabendo ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir, de forma prévia, o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas, “segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso.”

Pela lógica de decisão em comento, a regulação social da atividade de imprensa seria algo a ser realizado internamente, como uma ferramenta de auto-ajuste, o que, segundo a decisão decorre da própria lógica encampada no texto, para o qual “os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos”.

Vê-se, principalmente com base nos pontos comentados acima, que o Estado brasileiro posiciona-se, e não sem razão, de maneira firme com relação à vedação de qualquer possibilidade de realização de censura estatal em face das informações que podem ser veiculadas pela imprensa, adotando, conforme preceitua a Constituição Federal, a sistemática de reparação e responsabilização a posteriori. Este trabalho corrobora tais premissas.

O ponto a que pretendemos alcançar, aqui, trata da necessidade – trazida pela Constituição Federal, de que a mídia seja composta por um espaço plural. Com relação especificamente ao julgado acima, o presente texto não corrobora com a indicada capacidade de autorregulação da mídia, ante o domínio quase completo do mercado por grandes e conhecidos grupos de comunicação e pela estreita ligação que tais grupos possuem com os governantes, quando não se confundem com os mesmos.

Ante todo o exposto acima, podemos afirmar que: (i) há uma divergência entre o que preceitua a Constituição e a realidade dos meios de comunicação de massa no Brasil, mormente no que se refere aos aspectos regulatórios previstos pelo constituinte; (ii) o

emaranhado de normas tratando da comunicação social não dá conta de resolver o problema da ausência de pluralismo neste meio, prejudicando um debate público robusto; (iii) as tentativas de implantação de normas para os meios de comunicação de massa, que atendam tanto ao que dispõe a Constituição Federal quanto aos anseios das novas tecnologias aplicáveis encontram forte óbice nas forças políticas dos meios de comunicação que dominam tal mercado hoje em dia, os quais beneficiam-se do “vazio regulatório” desta matéria.

Ante os problemas detectados acima, depreende-se a importância de se debater a matéria em questão, ante a inegável e crescente influência da mídia no debate público. Eventual lei que busque regulamentar o capítulo referente à comunicação social da Constituição Federal terá, para além de questões técnicas, dois grandes desafios iniciais, a saber: (i) promoção do caráter plural nas transmissões, de forma que as emissoras não abusem de sua posição para macular o debate público; (ii) definição das regras de conteúdo, impostas pela Constituição, sem que tais imposições impliquem nalguma forma de censura ao conteúdo veiculado; e (iii) efetiva fiscalização quanto às concessões e permissões a empresas relacionadas a políticos.

Tais pontos, a nosso ver, seriam mais facilmente superados por meio da criação de uma agência reguladora, com direção e caráter independente ao governo em exercício, similar à AFSCA – Autoridad Federal de Servicios de Comunicacion Audivisual, apresentada no capítulo 2 deste trabalho, cuja composição se dá em caráter plural, sendo dois membros indicados pelo Poder Executivo, três indicados a partir de um conselho federal cuja composição também seria plural e dois indicados por comissões técnicas específicas do Congresso Nacional, todos com mandato temporário e preferencialmente não coincidentes com os mandatos dos políticos eleitos.

A configuração de tal agência deveria respeitar, ainda, a convergência de tecnologias existentes. Nas palavras de Attayde²¹²:

Além do aspecto jurídico, a configuração do formato institucional da futura agência poderá ser definida também em função da questão da convergência tecnológica entre os setores de telecomunicações, radiodifusão e informática, ou seja, a capacidade de diversas plataformas de rede (de telefonia, de transmissão de dados, de televisão a cabo, entre outras) transportar vários tipos de serviços (dados, voz, imagens, etc.). Isso se traduz na tendência à conjunção de diversos serviços em um único aparelho, independentemente da rede utilizada, e, por conseqüência, o aumento da concorrência entre agentes pertencentes a segmentos, antes, independentes.

²¹² ATTAYDE, Maria Cristina. A lei geral de comunicação de massa e a qualidade da programação televisiva. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 3, n. 58, p.303-322, Jul/Set 2007, p. 308.

Já Miguel defende uma atuação em modelo semelhante à *fairness doctrine*²¹³, por acreditar que o mérito de tal medida não estaria “em sua capacidade de gerar milagrosamente a imparcialidade da mídia, coisa que, de fato, não consegue fazer”. Mas que o grande ganho que tal medida poderia trazer seria estabelecer um marco, afirmando que a comunicação, mesmo sendo tocada por entidades privadas, não deveria obedecer à regra da busca desenfreada por lucro.

Uma vez que a Constituição Federal possibilita uma atuação positiva do Poder Público, é necessário que este entabule ações no sentido de garantir um ambiente democrático plural. Taveira²¹⁴ indica duas formas principais pelas quais o Estado poderia atuar, especialmente com relação ao Poder Executivo. A primeira seria com relação ao estímulo para a formação de novas mídias, o que poderia ocorrer por meio do emprego de recurso para criação de emissoras públicas ou através do fomento de novas concessões. A segunda forma seria atuar para impedir ou reduzir a concentração no mercado de mídia, satisfazendo o preceito constitucional da proibição de monopólio neste tocante.

A atuação do Estado, no entanto, ainda de acordo com o dito autor, não se resumiria ao Poder Executivo. Os Poderes Legislativo e Judiciário teriam, também, atuação no sentido de garantir uma comunicação plural, de acordo com a Constituição Federal.

A atuação do Poder Legislativo ocorreria, além da prática dos atos para aprovação de concessão e renovação de licenças, conforme previsto na Constituição, por meio da criação de normas que respeitassem os paradigmas definidos no texto constitucional, abrangendo uma concepção democrática de mídia sem, contudo, intervir indevidamente na esfera de atuação das empresas de comunicação, como nos exemplos legislativos citados neste capítulo e ao longo deste trabalho.

O Poder Judiciário, por sua vez, além do controle do que prevê o art. 223 da Constituição “o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial”, poderia atuar, com base numa interpretação sistemática da Constituição, no sentido de favorecer.

A doutrina americana desenvolveu uma sistemática para dirimir conflitos entre normas de sua constituição denominada *preferred position*. Tal definição, a qual é explicada

²¹³ MIGUEL, Meios de comunicação de massa e política no Brasil. **Diálogos latinoamericanos**, n. 3, 2001, p. 65.

²¹⁴ TAVEIRA, *op. cit.*, p. 216.

em detalhes em artigo de David Currie²¹⁵, extraída a partir da nota de rodapé do caso *United States X Carolene Products Co*²¹⁶, determina que algumas liberdades públicas poderia sujeitar-se a um controle judicial mais rigoroso. Isto quer dizer que algumas matérias estão mais sujeitas a controle pelo Estado do que outras, dependendo de diversos fatores.

Com base nessa possibilidade de controle judicial de algumas liberdades públicas, conforme executado na Suprema Corte americana, Taveira lista de que forma e que cuidados o judiciário deverá ter para intervir em tais liberdades, podendo realizar três escrutínios, nas palavras do autor²¹⁷:

(i) um escrutínio estrito (*strict scrutiny*), traduzido no parâmetro mais rigoroso na verificação de compatibilidade da norma em confronto com o texto constitucional. Nessa hipótese, presume-se uma inconstitucionalidade a priori da norma cerceadora do direito fundamental, cabendo ao legislador demonstrar de forma cabal a necessidade de limitação da liberdade pública em favor de outros interesses constitucionais mais relevantes;

(ii) um escrutínio intermediário (*intermediate scrutiny*), situado entre o primeiro e o terceiro critério, onde se exige um controle de constitucionalidade da norma um pouco menos rigoroso do que o descrito anteriormente;

(iii) um escrutínio amplo (*regular basis test*), traduzido no parâmetro mais flexível em relação à vontade do legislador. Subsiste, nessa hipótese, uma presunção ainda mais reforçada da constitucionalidade da norma, devendo o Judiciário se abster, sempre que possível, de exercer uma atividade “legislativa negativa”

É de se observar, assim, considerando que a liberdade expressão é valor consagrado na Constituição Federal, valor esse reconhecido em diversos julgados do STF, que as intervenções do Poder Judiciário para mitigar tal valor somente poderiam ocorrer na espécie de escrutínio estrito, como advoga Taveira:²¹⁸

O problema, conforme apresentado ao longo deste capítulo, torna-se mais grave na medida em que a Constituição Federal já dispõe de uma ferramenta para auxiliar o Congresso Nacional no que toca à implementação do capítulo da Comunicação Social. Com previsão constitucional e criado a partir da Lei 8.389/1991. Embora tenha composição que a princípio seria plural²¹⁹. Todavia, ante a relação praticamente umbilical existente entre mídia e

²¹⁵ CURRIE. David P. Currie, "The Constitution in the Supreme Court: The Preferred-Position Debate, 1941-1946," *Catholic University Law Review*, vol. 37-39, 1987..

²¹⁶ 304 U.S. 144 (1938)

²¹⁷ TAVEIRA, *op. cit.*, p. 224.

²¹⁸ TAVEIRA, *op. cit.*, p. 225

²¹⁹ Art. 4º O Conselho de Comunicação Social compõe-se de: I - um representante das empresas de rádio; II - um representante das empresas de televisão; III - um representante de empresas da imprensa escrita; IV - um

política, com vários políticos possuindo canais de mídia, custa crer que tal órgão, tendo um campo de limitação bastante limitado, poderia alterar algum aspecto da conjuntura narrada acima.

Tais fatos apontam para a necessidade de criação (ou reconfiguração de um dos órgãos já existentes) de um órgão verdadeiramente independente das amarras políticas, nos moldes já narrados no presente trabalho (com composição mais plural, mandatos mais longos, poder para tomada de decisões, etc), bem como para a necessidade de regulamentação dos artigos da constituição referentes a comunicação social, conforme apresentamos. Frise-se que tal controle deveria ocorrer sempre *a posteriori*, nunca representando qualquer tipo de censura prévia, bem como sempre de acordo com os limites definidos no próprio texto constitucional.

engenheiro com notórios conhecimentos na área de comunicação social; V - um representante da categoria profissional dos jornalistas; VI - um representante da categoria profissional dos radialistas; VII - um representante da categoria profissional dos artistas; VIII - um representante das categorias profissionais de cinema e vídeo; IX - cinco membros representantes da sociedade civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho apresentou, inicialmente, a partir do desenvolvimento dos conceitos de sociedade de massas e comunicação de massas, o poder que os meios de comunicação possuem para influenciar as opiniões da população.

Foi demonstrado que os meios de comunicação de massa tem o poder de definir a agenda de debates públicos (*agenda setting function*), de forma que podem agir, deliberadamente, para dar atenção a assuntos que interessem a determinados grupos da sociedade, ou, ainda, silenciar interesses de outros grupos.

Tal situação, em países em que a mídia é bastante concentrada (na audiência e na propriedade) e de desenvolvimento tardio, como é o caso do Brasil, pode causar grande desequilíbrio na promoção do debate público, uma vez apresentada a capacidade que tem os meios de comunicação de influenciar neste debate.

Com base também nesta influência apontada, é possível indicar que a comunicação é fator chave no ambiente democrático, sendo o palco e veículo das discussões políticas de uma sociedade democrática, com inegável poder para influenciar decisões, fato que, como apresentamos, ocorre muitas vezes de forma não republicana.

Foi pontuado, ainda, que o Estado pode ter diversas formas de atuação em face da comunicação social, desde uma postura absenteísta até uma postura com participação ampla. Tais formas de atuação foram exemplificadas através de breves estudos quanto à realidade de algumas nações, apresentando, em alguns casos, decisões judiciais que fundamentam uma ou outra postura, bem como aspectos doutrinários que embasariam ambas as correntes, sem pretensões de esgotar o tema, no entanto.

A postura tendente ao absenteísmo estatal, em apertada síntese, seria aquela que privilegia, sobretudo, o emitente do discurso, estabelecendo pouquíssimas restrições à liberdade de expressão de forma geral. Em contraponto a esta teoria, há outra, denominada por alguns de democrática, a qual, em muitos casos, valoriza o destinatário do discurso em detrimento do emissor, mormente quando o emissor constitui-se em um meio de comunicação de massa que se utiliza do espectro eletromagnético (que pertence, de acordo com a teoria e com a grande maioria dos ordenamentos jurídicos atuais, à sociedade) para propagar suas mensagens.

Há um claro conflito entre a postura regulatória e a liberdade de expressão. A apresentação deste conflito tem importância para que se possa compreender que a regulação da radiodifusão pelo Estado não pode ser realizada de forma açodada, sob pena de não

alcançar seus reais objetivos. O presente trabalho defende a necessidade da mesma, desde que sejam respeitados, no entanto, alguns elementos (obediência às disposições constitucionais que proíbem a censura, implementação da regulação a partir de uma ferramenta democrática, composição plural nos órgãos que atuam na regulação da radiodifusão) e a finalidade de tal atuação: o alcance de um modelo democrático pluralista, no qual a população seja (bem) informada sobre as situações de suas comunidades e possam dar voz aos seus pleitos anseios e reclamações, não servindo a mídia como mero instrumento de propagação de ideias dos detentores de poder, seja econômico ou político, mas como verdadeira plataforma para a existência de um debate democrático plural, nos moldes previstos pela Constituição Federal de 1988.

Foi verificado, ainda, que considerando a necessidade de uma regulação estatal que garanta um modelo plural de democracia, o arcabouço legal brasileiro não teria as ferramentas necessárias para tanto, ou não as utilizaria de forma adequada ao que prevê a Constituição Federal. Primeiro porque derivado de instrumentos jurídicos arcaicos, anteriores à própria Constituição Federal, em muitos casos; segundo, porque há uma clara (e indevida) aproximação entre propriedade de meios de comunicação e políticos no Brasil, fato demonstrado a partir de dados estatísticos apresentados ao longo do texto, e que, de certa forma, impediu o prosseguimento das tentativas de concretização do disposto na Constituição Federal sobre o tema.

Foram analisadas, ainda que brevemente, a experiência de algumas nações no que toca a mediação estatal na comunicação social, seja através da análise de ações positivas do Estado, a exemplo da *fairness doctrine* nos Estados Unidos da América e da implantação da Ley de Medios na Argentina, ou através da análise de posturas do Poder Judiciário (principalmente Estados Unidos e Alemanha), numa tentativa de analisar se alguma ferramenta ou mecanismo poderia ser aplicado de alguma forma (não transposto às cegas, em deconsideração aos contextos das nações envolvidas) no direito brasileiro.

Com base na breve análise da experiência alemã, foi possível verificar que a liberdade de expressão pode ser mitigada se exercida em posição de abuso por parte do emitente, como reconhece o TCF no caso *Blinkfuer* ao declarar contra a Lei Fundamental a promoção de um boicote promovido por dois grandes jornais contra um pequeno semanário.

Por fim, apresentaram-se as possíveis premissas para um modelo de regulação no Brasil, o que deveria compreender: (a) o fortalecimento de uma empresa pública de mídia independente dos governos de plantão, focada na divulgação e promoção de debates políticos relevantes, além de valorização de aspectos históricos e culturais nacionais; (b) criação (ou

fortalecimento) de um ente com poderes para fiscalizar, de forma independente, as concessões e renovações de outorga de televisão; (c) definição de um marco regulatório para mídia, contemplando os pontos definidos em “a” e “b”, assim como uma efetiva regulamentação do capítulo do texto constitucional voltado à comunicação social.

Com relação ao primeiro, criação ou fortalecimento de uma empresa pública de mídia independente dos governos de plantão, cumpre destacar que já existe a Empresa Brasil de Comunicação, criada pela Lei 11.652/2008, dando efetividade ao princípio constitucional da complementaridade entre o sistema público, privado e estatal de comunicação. O que se observa na prática, no entanto, é que tal órgão não está livre das influências dos políticos ocupantes do poder a cada período quadrienal, sofrendo variações na sua composição e nos seus subsídios, o que leva sua atuação para longe de seus objetivos. Não é só a mera existência da empresa que concretizará o disposto na Constituição Federal, mas sim seu efetivo funcionamento de forma plural e imparcial com relação aos ocupantes do Poder.

A existência de um ente mediador, com poderes de fiscalização, que agisse de forma independente, contribuiria, coadunada com alguma ação legislativa, para efetivar o disposto no artigo 221 da Constituição Federal de 1988, uma vez que a liberação e renovação de concessões e permissões fossem condicionadas ao atendimento aos ditames da lei maior no que toca às finalidades da programação, bem como ao distanciamento entre os proprietários das empresas de mídia e os políticos ocupantes de poder.

A definição de um marco regulatório teria grande importância para o desenvolvimento das ideias apresentadas neste trabalho, uma vez que foi demonstrado que o atual arcabouço legal não concretiza tudo o que fora previsto na Constituição Federal. Tal marco, elaborado com base em premissas plurais e de forma a funcionar da forma mais independente possível com relação aos ocupantes do poder, possivelmente fortaleceria tanto o desempenho das atividades da empresa pública de mídia como do ente mediador igualmente propostos por este trabalho.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. **Mídia e processo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ALBORNOZ, Luis A.; CASTILLO, José; HERNANDEZ, Pablo; Mastrini. La política a los pies del mercado: la comunicación en la Argentina de los '90', in: **Globalización y monopolios en la comunicación en la América Latina**. Buenos Aires: editora biblos, 1999.

ATTAYDE, Maria Cristina. A lei geral de comunicação de massa e a qualidade da programação televisiva. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 3, n. 58, p.303-322, Jul/Set 2007

AZEVEDO, Fernando Antônio. Mídia e democracia no Brasil. **Revista Opinião Pública**, Campinas, Vol. 12, n.º1, Abril/Maio 2006

BAKER, C. Edwin. **Media concentration and democracy: why ownership matters**. Cambridge University Press, 2006.

BARBOSA, Beatriz Costa. **Violações de direitos humanos e violação de conteúdo na TV: Brasil em perspectiva comparada com França e Reino Unido**. Dissertação (Mestrado em Gestão e Políticas Públicas) - Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2013.

BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. New York: Oxford university press, 2005.

BARRON, Jerome A. **Access to the press**. A new First Amendment Right. Harvard Law Review, p. 1641-1678, 1967.

_____, Jerome A. **What Does the Fairness Doctrine Controversy Really Mean**. Hastings Comm. & Ent. LJ, v. 12, p. 205, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988. In: **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 341-387

_____, Luis Roberto. Constituição, comunicação social e novas tecnologias. **Revista brasileira de direito público**, Belo Horizonte, v. 1, n.º 3, p. 111-137, out/dez 2003, p. 115.

_____, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª Edição, São Paulo: 2009

BENS, de Els; GOLDING, Peter; McQUAIL, Denis (edit.). **Communication theory and research**. Londres: Sage publications ld, 2005

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa dos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, fev/mar/abr de 2006.

BORK, Robert H. **Neutral principles and some First Amendment problems**. Ind. Lj, v. 47, p. 1, 1971.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 379 - DF Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 dez 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4900898>>. Acesso em: fevereiro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130- DF Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, DF, 19 fev 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>>. Acesso em: fevereiro de 2018.

BUCCI, Eugênio; KEHL, Maria Rita. **Videologias: ensaios sobre televisão**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

CARTER, T. Barton; FRANKLIN, Marc A.; WRIGHT, Jay B. **The First Amendment and the fifth estate: Regulation of electronic mass media**. Foundation Press, 2008.

CASTELLS, Manuel. **Communication power**. Oxford: Oxford University Press

COHN, Gabriel. **Sociologia da Comunicação: teoria e ideologia**. Pioneira, 1973.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. **Revista USP**, n. 48, p. 6-17, 2001.

CORREIA, Genira Chagas. Extinta Lei de Imprensa sobrevive no Código Brasileiro de Telecomunicações. **Ponto e Vírgula**, São Paulo, v. 9, p.81-88, jun. 2011. Semestral.

CURRIE, David P. Currie, "The Constitution in the Supreme Court: The Preferred-Position Debate, 1941-1946," **Catholic University Law Review**, vol. 37-39, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Oxford University Press, 2005.

FISS, Owen. **Libertad de Expresión y estructura social**, Trad. Jorge F. Malem Sena. México: Distribuciones Fontamara, 2004.

_____, Owen. **A ironia da liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GABER, I. Review: Roger Silverstone, **Media and Morality**. **European Journal Of Communication**, [s.l.], v. 22, n. 4, p.511-513, 1 dez. 2007.

GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. **Liberdade de Informação Jornalística e o papel circundante do Estado**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

_____, Marcos Duque. **Liberdade de imprensa e a mediação estatal**. São Paulo: Atlas, 2015. 270 p.

GAVIN, Neil T. **Press and television in british politics: media, money and mediated democracy**. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2007.

GUNTHER, Richard e MUGHAN, Anthony. **Democracy and the media: a comparative perspective**. New York, Cambridge University Press, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HANRETTY, Chris. **Public broadcasting and political interference**. Oxon: Taylor & Francis, 2011.

HARE, Ivan (Ed.); WEINSTEIN, James (Ed.). **Extreme speech and democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

HARRISON, Jackie; WOODS, Lorna. **European broadcasting law and policy**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 88.

HERZ, Daniel. **A história secreta da Rede Globo**. Porto Alegre: Editora Ortiz, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KRATTENMAKER, Thomas G.; POWE, Lucas A. **The Fairness Doctrine Today: A Constitutional Curiosity and an Impossible Dream**. Duke Law Journal, v. 1985, n. 1, p. 151-176, 1985.

LASSWELL, Harold D.; BLUMENSTOCK, Dorothy. **World revolutionary propaganda: A Chicago study**. [s.l.] Knopf, 1939.

LAWSON, Chappell. **Building the fourth estate: Democratization and the rise of a free press in Mexico**. Berkeley: University of California Press, 2002.

LEAL FILHO, Laurindo Lalo. **A TV sob controle: a resposta da sociedade ao poder da televisão**. São Paulo: Summus Editorial, 2006

LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate: A biography of the First Amendment**. New York: Basic Books, 2010.

LIMA, Venício. **Comunicações no Brasil: novos e velhos atores. Mídia: teoria e política**. São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2004.

_____, Venício. **Liberdade de expressão X Liberdade de imprensa: Direito à comunicação e democracia**. São Paulo: Publisher Brasil, 2010.

LINS, Bernardo Felipe Estellita. **Argentina: nova lei dos meios audiovisuais**. Câmara dos Deputados. Brasília, 2009.

- LIVINGSTONE, S., and LUNT, P. (1994) The mass media, democracy and the public sphere. In: **Talk on Television: Audience participation and public debate** (9-35). London: Routledge.
- MACRORY, Robbie. **Dilemmas of democratisation: media regulation and reform in Argentina**. Bulletin of Latin American Research, v. 32, n. 2, p. 178-193, 2013.
- MARTINS, Paula L. Conteúdo e extensão da liberdade de expressão e suas limitações legítimas. In: **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009
- MATOS, Carolina. **Media and democracy in Brazil**. Westminster papers in communication and culture, v. 8, n. 1, 2011.
- MAUERSBERGER, Christof. **To be prepared when the time has come: Argentina's new media regulation and the social movement for democratizing broadcasting**. Media, Culture & Society, v. 34, n. 5, p. 588-605, 2012.
- _____, Christof. **Advocacy Coalitions and Democratizing Media Reforms in Latin America: Whose Voice Gets on the Air?**. Berlin: Springer, 2015.
- McCOMBS, Maxwell E.; SHAW, Donald L. **The agenda-setting function of mass media**. Public opinion quarterly, v. 36, n. 2, p. 176-187, 1972.
- McQUAIL, Denis. **Teoria da comunicação de massas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003
- MENDEL, Toby; SALOMON, Eve. **O ambiente regulatório para a radiodifusão: uma pesquisa de melhores práticas para os atores-chaves brasileiros**. Tradução: Cláudia Bentes David. Brasília: UNESCO, 2011
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. Revista dos Tribunais, 2009.
- MIGUEL, Luis Felipe. Meios de comunicação de massa e política no Brasil. **Diálogos latinoamericanos**, n. 3, 2001.
- _____, Luis Felipe. **Os meios de comunicação e a prática política**. Lua Nova, v. 6, n. 55, p. 155-184, 2002.
- _____, Luis Felipe. A mídia e o declínio da confiança na política. **Sociologias**, v. 10, n. 19, p. 250-273, 2008.
- MILTON, John. **Areopagitica: A Defense of Free Speech**. Rockville: Arc Manor, 2008.
- MUNDIM, Pedro Santos. **Um modelo para medir os efeitos da cobertura da imprensa no voto: teste nas eleições de 2002 e 2006**. Opinião Pública, v. 16, n. 2, p. 394-425, 2010.
- NEUMANN-NOELE, Elisabeth. **La spirale del silenzio: per una teoria dell'opinione pubblica**. Roma, Meltemi, 2002.

PIERANTI, Octavio Penna. Políticas para a mídia: dos militares ao governo Lula. *Lua Nova*, n. 68, p. 91-121. 2006.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, p.1-39, ago. 2007

_____, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: lúmen juris, 2006.

SARTORI, Giovanni. La opinión teledirigida. Videopolítica. **Claves de razón práctica**, n. 79, 1998.

SCHAUER, Frederick F. **Free speech**: A philosophical enquiry. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

_____, Frederick F. **The boundaries of the First Amendment**: A preliminary exploration of constitutional salience. *Harvard Law Review*, Vol. 117, n. 6, p. 1765-1809, 2004.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. **Democracia e liberdade de expressão**: Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, p. 173-180, 2005.

SKIDMORE, Thomas. **The politics of military rule in brazil 1964-85**. New York: Oxford University Press, 1988

SUNSTEIN, Cass R. **The partial constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

_____, Cass R. Preferências e Política. **Revista Brasileira de Ciência Política**. Brasília. n. 1. p. 219-254. jan/jun. 2009

_____, Cass R. **Democracy and the Problem of Free Speech**. New York: The Free Press, 1995.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. **Democracia e pluralismo**: uma proposta de reformulação do papel do estado na garantia da liberdade de expressão. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

VALE, André Rufino do. A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. 292 p.

WU, Tim. **Impérios da comunicação**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

ZALLER, John. **The nature and origins of mass opinion**. Cambridge university press, 1992.