



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO**

PEDRO AUGUSTO LOPES SABINO

**CONCENTRAÇÃO DA PROPRIEDADE DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL
NO BRASIL: controle do poder e tutela do pluralismo na ordem constitucional
brasileira**

Salvador
2019

PEDRO AUGUSTO LOPES SABINO

**CONCENTRAÇÃO DA PROPRIEDADE DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL
NO BRASIL: controle do poder e tutela do pluralismo na ordem constitucional
brasileira**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, no nível de Doutorado, na área de concentração Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Saulo José Casali Bahia

Salvador
2019

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (SIBI/UFBA), com dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Sabino, Pedro Augusto Lopes,

Concentração da propriedade dos meios de comunicação social no Brasil: controle do poder e tutela do pluralismo na ordem constitucional brasileira / Pedro Augusto Lopes Sabino. – Salvador, 2019.

166 f.

Orientador: Saulo José Casali Bahia.

Tese (Doutorado - Direito) -- Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2019.

1. Meios de comunicação social. 2. Liberdade de comunicação. 3. Controle do poder econômico. 4. Controle do poder ideológico. 5. Pluralismo. I. Bahia, Saulo José Casali. II. Título.

PEDRO AUGUSTO LOPES SABINO

**CONCENTRAÇÃO DA PROPRIEDADE DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL
NO BRASIL: controle do poder e tutela do pluralismo na ordem constitucional
brasileira**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, na área de concentração em Direito Público, para a seguinte banca examinadora.

Aprovado em 16 de abril de 2019.

Saulo José Casali Bahia – Orientador – _____

Doutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Dirley da Cunha Júnior – _____

Doutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

João Glicério de Oliveira Filho – _____

Doutor em Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA/BA.

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Thais Novaes Cavalcanti – _____

Doutora em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Alteridade da Universidade Católica de Salvador – UCSAL.

Thiago Carvalho Borges – _____

Doutor em Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA/BA.

Faculdade Baiana de Direito.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia, que serve de exemplo desde os meus tempos de graduação e, como orientador, desde o Mestrado, por suas sugestões a este trabalho e apoio em momentos difíceis do seu desenvolvimento. Foi um grande privilégio o convívio relevador não apenas de seu conhecimento jurídico como da sua capacidade de aceitar a diferença.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA), Dr. Dirley da Cunha Júnior e Dr. João Glicério de Oliveira Filho, por suas contribuições para a qualificação deste trabalho, bem como pelas críticas expostas quando da defesa pública.

À Prof.^a Dr.^a Thais Novaes Cavalcanti e ao Prof. Thiago Carvalho Borges, integrantes da banca defesa da tese na qualidade de membros externos ao PPGD-UFBA, agradeço pelas contribuições recebidas e disponibilidade.

Agradeço igualmente ao Prof. Dr. Emiliano José da Silva Filho, que, mesmo não integrando o PPGD-UFBA, participou do exame de qualificação do trabalho e fez diversas sugestões ao seu desenvolvimento.

À Prof.^a Dr.^a Giorgia Pavani, Professora de Direito da Informação e Direito Constitucional Comparado da Universidade de Bolonha (UNIBO), tutora do meu período de pesquisa nesta Universidade, por suas inúmeras contribuições doutrinárias, por sua disposição de mediar o meu contato com outros pesquisadores da área na Itália, bem como por seu auxílio na solução de problemas comuns a um estrangeiro no exterior.

Aos professores do curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, devo agradecer por várias contribuições, tanto no que concerne ao aprendizado com diferentes estilos de desenvolvimento dos trabalhos em sala de aula como pelo conteúdo abordado, bem como, na qualidade de representante discente do Doutorado, na condução do Programa. Em virtude da convivência mais estreita, em sala de aula, devo destacar os seguintes professores doutores: Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (Seminário de Pesquisa), Dirley da Cunha Júnior (Direitos Humanos e Direitos Fundamentais), Heron José de Santana Gordilho (Filosofia do Direito), Mario Jorge Philocreon de Castro Lima (Direito Público Comparado), Mônica Neves Aguiar da Silva (Sistemas Jurídicos Contemporâneos) e Wilson Alves de Souza (Tutela Constitucional do Processo).

Alguns amigos tiveram participação em minha jornada na pós-graduação. Não poderia deixar de registrar o meu agradecimento àqueles que fizeram a leitura de versões parciais da tese durante o seu desenvolvimento e fizeram sugestões ao seu aprimoramento: Carliane de Oliveira Carvalho, Lilia Mesquita Teixeira Alves, Luiza Ferreira Campos, Manoel Souza das Neves e Urbano Félix Pugliese do Bomfim, irmão que a vida me deu durante a graduação.

Sem colaborar diretamente com este trabalho, mas enriquecendo a minha experiência como estudante da pós-graduação, devo agradecer a Analice Nogueira Santos Cunha por sua valorosa cooperação na representação estudantil do Doutorado. Não a conhecia e fui positivamente surpreendido por sua enorme disposição para contribuir.

Não se pode deixar de agradecer à Secretaria Acadêmica do Programa, que se supera com equipe reduzidíssima, especialmente a Jovino Ferreira Costa Filho, (*in memoriam*), provavelmente a pessoa mais homenageada pelos estudantes na história da Faculdade, e a Luiza Luz de Castro, recentemente aposentada, mas não esquecida por quem precisou do seu auxílio.

Ao final, não posso deixar de destacar o apoio institucional que recebi para a realização do doutorado. Durante toda a duração do curso, contei com o apoio do Departamento de Educação do *Campus XV* da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e com o afastamento das atividades administrativas, de ensino e de extensão. Sem esse apoio, seria inviável fazer um curso com a qualidade objetivada.

Também devo destacar o apoio institucional do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE-BA). Após enorme dificuldade inicial, em recurso, obtive o afastamento, com fulcro no art. 96-A da Lei n. 8.112/90, por sei meses. Sem essa liberação simultânea à obtida na UNEB, não seria possível realizar período de pesquisa como estudante visitante na Universidade de Bolonha, na Itália.

Ed è falso che la televisione si limita a riflettere i cambiamenti in corso nella società e nella cultura. In realtà la televisione riflette cambiamenti che in larga misura promuove e ispira.¹

¹ SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: television e post-pensiero. Bari: Editori Laterza, 2000, p. 46.

RESUMO

Este trabalho versa sobre a concentração da propriedade dos meios de comunicação social no Brasil após a Constituição de 1988 (CF). Centra-se no exame da vedação constitucional de monopólios e oligopólios, diretos e indiretos, dos meios de comunicação social prevista no art. 220, §5º, da CF. O trabalho se justifica em virtude do fato de o setor de comunicação ser altamente concentrado, pondo em risco a efetividade das normas constitucionais, que asseguram largamente a liberdade de pensamento tanto em uma dimensão clássica, centrada na defesa individual contra abusos do Estado, quanto em uma dimensão coletiva, a demandar atuação do Estado em face de práticas abusivas que inibem o acesso à informação. A inserção do dispositivo constitucional no Título correspondente à Ordem Social evidencia o fato de a matéria não se circunscrever ao plano econômico, constituindo meio de promoção de outros fins, entre os quais, em última instância, a própria liberdade política dos cidadãos. A teleologia constitucional é incompatível com o controle dos mercados, assim como é com o controle do acesso às informações socialmente relevantes. Isso é evidenciado ao se examinar a caracterização de monopólios e oligopólios vedados. No que concerne à dimensão econômica, a identificação de casos de exploração de meios de comunicação social contrária à CF é insatisfatória se não apreciada a participação simultânea em diversos mercados do setor de comunicação e de outras áreas. Quanto à dimensão ideológica, a promoção do pluralismo impede a interferência no livre debate público, seja promovendo o acesso ao conteúdo, seja impedindo que o excessivo controle do setor hiperdimensiona uma das possíveis opiniões que concorrem pelo apoio da maioria. A interpretação que melhor atende às exigências da CF promove, no âmbito brasileiro, a convergência de duas experiências complementares: a italiana, com ênfase no pluralismo externo, e a argentina, com destaque para medidas voltadas ao pluralismo interno. Tratando-se de meios de comunicação, a posição dominante inadmitida não deve depender de ação apta a impedir o acesso de concorrentes, mas o simples estado, caracterizado pela elevada participação no mercado. A metodologia utilizada variou conforme o objetivo específico de cada seção do trabalho: na primeira parte, adotou-se indução e dedução; na segunda e na terceira partes do trabalho, método dedutivo. A escolha dos julgados analisados se deu por critérios qualitativos.

Palavras-chave: Meios de comunicação social. Liberdade de comunicação. Controle do poder econômico. Controle do poder ideológico. Pluralismo.

ABSTRACT

This work verses on the mass media property concentration in Brazil after the 1988 Federal Constitution (FC). It focuses on an analysis of the constitutional prohibition of monopolies and oligopolies, direct and indirect, of the mass media stated on the article 220, 5, of the FC. This work is justified because the communication sector is highly concentrated, threatening the normality of the constitution rules, which largely protect the freedom of thinking, both on a classical dimension, centered on the individual defense against state abuses, and in a collective dimension, demanding action from the state on abusive practices that intimidate access to information. The insertion of the Constitutional device on the corresponding Title to the Social Order evidences that the subject doesn't relate to the economical plan, constituting a promotion way to other ends, among them, in a last resource, the political liberty of the citizens. The constitutional teleology is incompatible with the control of the markets, as it is with the access control to the socially relevant information. This is evident when one investigates the characterization of the monopolies and oligopolies prohibited. Concerning the economical dimension, the identification of exploitation cases of the mass media against the FC is not satisfactory if not appreciated the simultaneous participation in several markets of the communication sector and other fields. Regarding the ideological dimension, the promotion of pluralism impedes the interference on the free public debate, promoting access to the subject or impeding the excessive control of the sector to exaggerate one of the possible opinions that defend the majority support. The best interpretation that fits the FC demands promotes, in Brazil, the convergence of two complimentary experiences: the Italian, based on the external pluralism, and the argentine, calling the attention on its internal pluralism. Regarding the mass media, the dominant position not admitted must not depend of adequate action to impede the access of competition, but the simple state, characterized by the substantial participation on the market. The method used varied according to the specific objective of each section of this work: in the first part, I used the induction and deduction; on the second and third parts, the deductive method. The choice of the judged analyzed was based on qualitative criteria.

Keywords: Mass media. Freedom of communication. Control of economic power. Control of ideological power. Pluralism.

SOMMARIO

Questo lavoro riguarda la concentrazione della proprietà dei media in Brasile dopo la Costituzione del 1988 (CF). Si concentra su un'analisi del divieto costituzionale dei monopoli e degli oligopoli, diretti e indiretti, dei media previsti dall'art. 220, § 5°, del CF. Il lavoro è giustificato dal fatto che il settore delle comunicazioni è altamente concentrato, mettendo a repentaglio l'efficacia delle norme costituzionali, che garantiscono ampiamente la libertà di pensiero sia su una dimensione classica, centrata sulla difesa individuale contro gli abusi dello stato, sia su una dimensione collettiva, che richiede azione dello stato sulle pratiche abusive che inibiscono l'accesso alle informazioni. L'inserimento della disposizione costituzionale nel Titolo corrispondente all'Ordine Sociale evidenzia il fatto che la questione non è limitata al piano economico, costituendo un mezzo di promuovere altri fini, tra cui, in ultima istanza, la libertà politica dei cittadini. La teleologia costituzionale è incompatibile con il controllo dei mercati, così come lo è il controllo dell'accesso a informazioni socialmente rilevanti. Ciò è dimostrato esaminando la caratterizzazione dei monopoli e degli oligopoli proibiti. Per quanto riguarda la dimensione economica, l'identificazione dei casi di sfruttamento dei media contrari alla CF è insoddisfacente se la partecipazione simultanea in diversi mercati del settore della comunicazione e in altri settori non è apprezzata. Per quanto riguarda la dimensione ideologica, la promozione del pluralismo impedisce interferenze nel libero dibattito pubblico, sia promuovendo l'accesso ai contenuti, sia impedendo un controllo eccessivo del settore favorevole ad una delle possibili opinioni in competizione per la conquista della maggioranza. L'interpretazione che meglio risponde alle esigenze della CF promuove, nel contesto brasiliano, la convergenza di due esperienze complementari: quella italiana, con particolare attenzione al pluralismo esterno, e quella argentina, con enfasi sulle misure volte al pluralismo interno. Per quanto riguarda i media, la posizione dominante irricevibile non deve dipendere da un'azione in grado di impedire l'accesso dei concorrenti, ma dallo stato semplice, caratterizzato dalla sostanziale partecipazione al mercato. La metodologia utilizzata variava in base all'obiettivo specifico di ciascuna sezione dell'opera: nella prima parte è stata adottata l'induzione e la deduzione; nella seconda e terza parte del lavoro, il metodo deduttivo. La scelta delle decisioni analizzate era basata su criteri qualitativi.

Parole chiave: Comunicazione sociale. Libertà di comunicazione Controllo del potere economico. Controllo del potere ideologico. Pluralismo.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AFSCA	Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual [Argentina]
Ag	Agravo
Art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CE	Código Eleitoral
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Constituição da República Portuguesa
CPC	Código de Processo Civil
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación [Argentina]
DJU	Diário de Justiça da União
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América

FADUFBA	Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia
LC	Lei Complementar
LO	Lei Ordinária
LSCA	Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual [Argentina]
MC	Medida Cautelar
Min.	Ministro
MP	Medida Provisória
N.	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PGR	Procuradoria-Geral da República
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
Repr.	Representação
RESP	Recurso Especial

RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
Seg.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ/BA	Tribunal de Justiça da Bahia
TRE/BA	Tribunal Regional Eleitoral da Bahia
TRF1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UFBA	Universidade Federal da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	18
2 PREMISSA TERMINOLÓGICA E METODOLÓGICA	25
2.1 DISTINÇÕES CONCEITUAIS RELATIVAS À LIBERDADE DE PENSAMENTO	25
2.1.1 Liberdade de expressão.....	27
2.1.2 Liberdade de informação.....	29
2.1.3 Liberdade de comunicação	30
2.1.4 Liberdades de expressão, informação, comunicação e variações conceituais propostas.....	34
2.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA CLASSIFICAÇÃO ADOTADA	45
3 CONCENTRAÇÃO DA PROPRIEDADE DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	49
3.1 A INSERÇÃO DO ART. 220, § 5º, DA CF NA ORDEM SOCIAL E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	49
3.2 DEFINIÇÃO DE PODERES ECONÔMICO E IDEOLÓGICO	53
3.3 VEDAÇÃO DO CONTROLE ECONÔMICO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL.....	58
3.3.1 Direito fundamental à concorrência	60
3.3.2 Concentração das estruturas econômicas no setor de comunicação social	62
3.3.3 Participação abusiva sob o regime antitruste	67
3.3.4 Participação abusiva sob o regime de concessões	70
3.3.5 Participação excessiva resultante de participação simultânea em mercados distintos do setor de comunicação e a insuficiência de controle antitruste isolado do controle das concessões	72
3.4 VEDAÇÃO DO CONTROLE IDEOLÓGICO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL.....	74
3.4.1 Pluralidade de perspectivas e acesso à verdade.....	75

3.4.2 Limitações do livre mercado de ideias	84
3.4.3 Limitações do modelo europeu	86
3.4.4 Posição do Brasil entre os modelos norte-americano e europeu	88
3.4.5 Elementos para a identificação de controle do exercício abusivo do poder ideológico na experiência jurídica estrangeira	90
3.4.5.1 O caso <i>Sky Österreich</i> (C-283/11) e restrições ao direito de exclusividade de transmissão	94
3.4.5.2 O caso <i>União das Associações Europeias de Futebol (UEFA)</i> (C-201/11 P) e restrições ao direito de exclusividade de transmissão de competições esportivas de relevância social.....	96
3.4.5.3 O caso italiano e o controle de participação no mercado regido por parâmetros distintos para a caracterização do poder de mercado	98
3.4.5.4 O caso argentino e o enfrentamento da concentração da propriedade dos meios de comunicação	118
3.4.6 Exemplos de controle do exercício abusivo do poder ideológico na experiência jurídica brasileira	128
3.4.6.1 Financiamento de discurso majoritário com recursos de propaganda oficial.....	128
3.4.6.2 Proteção do cidadão contra a censura no interior dos veículos de comunicação e a demissão sem justa causa	136
3.4.6.3 STF e ações diretas relativas ao art. 220, §5º, da CF.....	137
4 DELINEAMENTO DE UM MODELO DE REFERÊNCIA APTO DE EVITAR O CONTROLE ECONÔMICO OU IDEOLÓGICO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL	142
4.1 CARÁTER COMPLEMENTAR DAS EXPERIÊNCIAS ITALIANA E ARGENTINA PARA A PROMOÇÃO DO PLURALISMO INFORMATIVO COMO REFERÊNCIA PARA A DISCIPLINA BRASILEIRA DE RADIODIFUSÃO	142
4.2 MEDIDAS JURÍDICAS PARA O CONTROLE DO ABUSO DO PODER IDEOLÓGICO.....	146
4.3 MEDIDAS LEGISLATIVAS PARA O CONTROLE DO ABUSO DO PODER	

IDEOLÓGICO.....	148
5 CONCLUSÃO.....	150
REFERÊNCIAS.....	153

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se destina à análise da concentração da propriedade dos meios de comunicação social no Brasil. Dedicase, designadamente, à vedação de monopólios e oligopólios, diretos e indiretos, dos meios de comunicação social, tal como previsto no art. 220, §5º, da CF.

Entende-se a liberdade de pensamento como gênero do qual se depreendem três espécies: liberdade de expressão, liberdade de informação e liberdade de comunicação. Este trabalho versa, precipuamente, a respeito desta última. Para uma melhor compreensão dos limites do estudo, ao se considerar a variação terminológica existente, destina-se a primeira seção a esclarecimentos conceituais necessários.

Disposições constitucionais diversas, situadas em passagens variadas da Constituição de 1988, compõem a norma que assegura a liberdade de pensamento no ordenamento jurídico brasileiro. A sua adequada tutela, sem olvidar outros direitos igualmente assegurados na ordem constitucional brasileira vigente, demanda algumas distinções.

A ampla proteção da liberdade assegurada no ordenamento jurídico é inserta em um contexto histórico que não corresponde ao existente nos primórdios da defesa da liberdade de imprensa. Além do âmbito clássico, tradicionalmente entendido como *liberdade negativa*, no sentido de exigir uma abstenção do Estado (noção que atualmente é objeto de críticas relativas à inexistência de real abstenção estatal), veio à tona uma nova dimensão do direito e das condições para a sua efetividade.

O crescimento de grandes conglomerados empresariais com atuação no setor comunicacional promoveu o reconhecimento de uma nova dimensão do direito, institucional, contraposta à dimensão da livre manifestação do pensamento como expressão individual, bem como a necessidade de intervenção estatal com o escopo de viabilizar a efetividade do direito objeto de tutela.

A não intervenção estatal culminaria no silenciamento de grupos mais vulneráveis e, por conseguinte, na interdição do acesso à informações de inequívoco interesse social. O histórico e a transformação do modo de se compreender determinados direitos impõem uma reflexão sobre a própria diversidade de modos de protegê-los, assim como de possíveis variações nas situações de colisão.

Considerando-se o recorte do presente trabalho ao fenômeno da concentração da propriedade dos meios de comunicação social, deve-se atentar para o fato de a vedação ser inserta na Ordem Social e, conseqüentemente, a matéria não se circunscrever ao campo

econômico. A defesa contra o controle do setor de comunicação se relaciona com o acesso dos cidadãos às informações indispensáveis ao exercício de todas as demais liberdades, notadamente ao exercício de seu direito de participação política.

O conteúdo jurídico do art. 220, §5º, da CF, como será demonstrado, estabelece obstáculo seja ao abuso do poder econômico no setor de comunicação, seja ao exercício abusivo do poder ideológico. Por essa razão, tanto o controle do mercado quanto o controle das informações de relevância social, que deveriam ser acessíveis ao público, encontram no dispositivo constitucional uma barreira. A supramencionada disposição constitucional apresenta, eminentemente, uma defesa para direitos transindividuais vulneráveis diante do exercício da liberdade de comunicação, a qual possui exclusivamente dimensão institucional.

A liberdade de informação, quando se manifesta como *liberdade de informar*, como se verá, pode apresentar dimensão individual ou institucional. Sem prejuízo desse fato, o art. 220, §5º, da CF, não se destina à disciplina da dimensão individual, mas à institucional.

Tanto a dimensão individual do emissor quanto a coletiva são afetadas pela concentração dos meios de comunicação. Quando isso é verificado, o exercício das liberdades a eles relacionados resta prejudicado.

O estudo do tema se justifica por razões variadas. Primeiramente, recorrendo-se a uma justificação dogmática: a Constituição veda, direta ou indiretamente, que os meios de comunicação social possam ser objeto de monopólio ou oligopólio (art. 220, § 5º, da CF). Cumpre, pois, à doutrina delinear o modo de interpretação e aplicação em harmonia com o conjunto do ordenamento.

Conexo com o fundamento dogmático, mas independente dele, tem-se que a própria democracia brasileira é comprometida sem a efetividade do acesso à informação. Tal condição é necessária para o exercício pleno dos direitos de liberdade. Sem informação, não se escolhe adequadamente em quem votar, assim como não se decide se o melhor é ir, vir ou permanecer. Ao se defrontar com um Estado fundado na cidadania (art. 1º da CF), no qual todo poder emana do povo, os reflexos do comprometimento do acesso à informação sobre todo o ordenamento são evidenciados.

Os problemas relacionados à liberdade de comunicação no Brasil não são apenas teóricos. Inúmeros autores registraram sobejamente abusos praticados por detentores do controle de meios de comunicação. Partindo da distorção da realidade à interdição do acesso do público a informações relevantes, verificam-se vários dados a desvelar a importância prática do tema.

A projeção social do tema emerge com diversos registros na literatura especializada

na área de comunicação, assim como dados relacionados à concentração da propriedade dos meios de comunicação no Brasil. Segundo dados da década de 1970 até o período seguinte às Emendas Constitucionais n. 8 e n. 36, o setor que já era concentrado ficou ainda mais restrito a poucos grupos familiares. Não se considerando esse fato suficientemente grave, a história do Brasil tem reiteradamente demonstrado o risco que a sociedade corre ao permanecer vulnerável a reduzidíssimo número de empresas extremamente influentes na formação da opinião pública.

A relevância do tema extrapola as fronteiras nacionais. Trata-se de assunto na ordem do dia também no plano internacional. Especificamente na América latina, sobressai a enorme repercussão do caso argentino, ao enfrentar o problema da concentração da propriedade dos meios de comunicação social. Pode-se destacar a existência de disposições semelhantes ao art. 220, §5º, da CF em constituições promulgadas após a Constituição de 1988 (por exemplo, Equador e Peru). Ademais, convém ressaltar o risco para a democracia correlato à concentração do setor de comunicação e o problema do controle do acesso a conteúdos de interesse social também ser objeto de discussão no âmbito europeu, inclusive com decisão do Tribunal de Justiça da União Européia. Citados relatos são indicativos do fenômeno que norteia a pesquisa e da preocupação crescente com as suas implicações negativas.

Não se pode esquecer que também existem outras questões importantes a serem examinadas e que oferecem dificuldades para a disciplina jurídica da comunicação social. O controle exercido sobre os meios de comunicação social vedado pela Constituição de 1988 não se restringe a um único regime jurídico. Um mesmo grupo empresarial explora a TV via cabo sujeita ao controle do CADE, um canal de rádio e de TV aberta submetidos ao regime de concessão, um jornal diário impresso, uma revista semanal, uma editora, entre outras possibilidades. Como caracterizar um monopólio ou oligopólio nesses casos sem considerar a participação simultânea em diversos mercados?

Observada a convergência tecnológica desenvolvida após a promulgação da Constituição, tem-se ainda maior percepção da dificuldade delinear parâmetros que confirmem efetividade ao texto constitucional. A comunicação social oferece um campo muito grande ao seu estudioso e a vedação constitucional pode compreender a concentração de um único setor ou a grande participação em diferentes setores.

De acordo com os critérios atualmente aplicados para a defesa da concorrência, uma empresa pode deter um percentual elevadíssimo de participação em determinado mercado e não ser caracterizado o abuso do poder econômico, haja vista a falta de condutas anticompetitivas caracterizadoras do exercício abusivo de *posição dominante*. No caso dos

meios de comunicação social, considerando-se a sua inserção na Ordem Social e o pluralismo político como um dos fundamentos da República (art. 1º, V, da CF), é possível adotar os mesmos critérios utilizados para o controle da concorrência em um mercado sem a mesma dimensão política?

Quanto aos meios de comunicação social submetidos a um regime de concessão, deve-se observar que a concessão confere ao concessionário, dentro dos limites do ato de delegação, um direito de exploração com exclusividade. O monopólio concedido não corresponde à vedação constitucional.

Demonstra-se neste trabalho o que caracteriza juridicamente a vedação de monopólios ou oligopólios, diretos ou indiretos, dos meios de comunicação social, assim como previsto no art. 220, § 5º, da Constituição de 1988.

Especificamente, evidencia-se a particularidade do mercado atinente aos meios de comunicação social a justificar disciplina jurídica distinta quando cotejado a outros setores da atividade econômica; indicar a possibilidade de adoção de mecanismos jurídicos aptos a eliminar ou diminuir a possibilidade de utilização abusiva de meios de comunicação social e, ato contínuo, de se promover o acesso facilitado à informação.

Para orientar a satisfação do objetivo geral explicitado, formulou-se o seguinte problema: o que caracteriza juridicamente a existência de monopólios ou oligopólios no âmbito da comunicação social, tal como disposto no art. 220, § 5º, da Constituição de 1988, e quais mecanismos jurídicos seriam aptos a eliminar ou diminuir a possibilidade de utilização abusiva de meios de comunicação social?

Defende-se a insuficiência, quando isoladamente considerados, do regime de concorrência e do regime administrativo de concessões para subsidiar a efetividade do proibição prevista no art. 220, §5º, da CF. Além disso, dado que os meios de comunicação não se relacionam exclusivamente ao poder econômico, o mecanismo de controle do poder em benefício da Ordem Social previsto na disposição constitucional deflagra consequências jurídicas sobre possíveis iniciativas voltadas à interdição do acesso a informações de interesse público.

O concentrado percentual de participação no mercado favorece o hiperdimensionamento de uma perspectiva sobre a realidade em detrimento do acesso à informação pelos cidadãos, fato com implicações sobre a efetividade da prática democrática no Estado. Com efeito, ainda que não se considere a concorrência garantia inexorável de pluralismo, tanto o controle do mercado quanto o controle de conteúdo socialmente relevante sofrem limitações constitucionais.

Para atingir os objetivos explicitados no problema e nas questões orientadoras, inicialmente, serão feitas distinções conceituais destinadas à evitar mal entendidos atinentes à utilização de termos distintos para conceitos idênticos ou termos idênticos para conceitos distintos. Isso é particularmente relevante, não apenas em virtude da variação terminológica na doutrina jurídica e em textos normativos, como também em razão do fenômeno da *convergência de linguagens*. Não raro, o que é expressão artística e o que é informação jornalística se confundem.

À convergência de linguagens deve ser associado outro fenômeno: a evolução tecnológica e o barateamento do acesso a recursos técnicos têm favorecido a criação de meios de comunicação que transitam intensamente entre o envio de mensagens voltadas a um círculo privado e o envio de mensagens voltadas a público em geral. Fotos de passeios, críticas e conteúdo informativo se misturam de modo a dificultar a nítida distinção entre aquilo que é tradicionalmente classificado como expressão ou como informação.

Nomeadamente no respeitante à liberdade de comunicação, não obstante eventuais referências a mudanças na disciplina jurídico-constitucional brasileira ou à experiência estrangeira, o estudo é espacialmente limitado ao Brasil e temporalmente ao regime posterior à Constituição Federal de 1988.

Não se pretendeu desenvolver um típico trabalho de Direito Comparado. O qual utiliza-se de estudo envolvendo legislação, doutrina e jurisprudência do país analisado. As eventuais referências à experiência estrangeira têm o propósito de ilustrar a exposição com soluções para os problemas atuais do país.

Uma abordagem transdisciplinar é necessária para que a solução jurídica seja adequada às verdadeiras necessidades daqueles que vivenciam a realidade objeto da disciplina jurídica. Faz-se necessária a procura das questões destacadas em outros campos do conhecimento e a tentativa de oferta de respostas aptas tanto a satisfazer as necessidades sociais relacionadas com a efetividade da ordem jurídica vigente como a coerência com outros campos do conhecimento jurídica requerida por seus aplicadores. Nesse sentido, buscou-se destacar no debate jurídico-acadêmico uma discussão há muito verificada no âmbito dos estudos da comunicação no Brasil. Esse ponto de partida para o desenvolvimento está em conformidade com referencial teórico adotado.

Com referido propósito, o presente trabalho foi dividido em três partes (as duas primeiras descritivas e uma terceira prescritiva), além desta seção introdutória e da conclusiva. A primeira é destinada às premissas terminológicas e metodológicas. A segunda, ao exame da proibição de monopólios e oligopólios dos meios de comunicação na

Constituição. Ao final, a terceira, volta-se ao exame de possíveis alternativas à concentração do controle dos meios de comunicação.

Quanto à metodologia, a identificação de diferentes fenômenos sociais no campo do exercício da liberdade de pensamento para se delinear conceitos mais amplos a serem utilizados no trabalho (liberdades de expressão, informação e comunicação) ocorre por indução. Como é próprio da indução, seus argumentos são plausíveis, mas não são conclusões necessárias. A classificação proposta é uma alternativa possível a subsidiar a compreensão do tema.

Por outro lado, ainda na primeira parte, a identificação desses conceitos a partir das normas constitucionais baseia-se em um raciocínio dedutivo. Essa reflexão sobre os diversos elementos que interagem no ordenamento na busca da fundamentação constitucional pauta-se em uma perspectiva sistêmica.

Na segunda parte, a análise da concentração da propriedade dos meios de comunicação enfoca o conteúdo das normas constitucionais atinentes à matéria que, explícita ou implicitamente, podem ser identificados. Para tanto, o raciocínio desenvolvido é eminentemente dedutivo, haja vista que o conteúdo de suas conclusões está presente nas premissas adotadas.

A escolha da experiência de outros países no campo da comunicação foi baseada em critérios qualitativos. A Itália vivenciou longo processo, marcado por diversas decisões de sua Corte Constitucional, na transição do monopólio estatal para a abertura à exploração pela iniciativa privada do setor de radiodifusão. A historicamente recente experiência argentina teve enorme repercussão no Brasil e, como será demonstrado, apresenta um caráter complementar ao que oferece a experiência italiana à disciplina para a compreensão da matéria.

Por sua vez, os julgados analisados do Tribunal de Justiça da União Europeia, que também foram escolhidos com base em critério qualitativo, permitem vislumbrar um novo plano de defesa do acesso à informação. A dimensão coletiva da liberdade de pensamento fica claramente evidenciada, redimensionando a tutela de princípios extremamente relevantes ao setor privado.

O desenvolvimento parte do pressuposto que os meios de comunicação social cumprem uma função pública na ordem constitucional brasileira. A análise do controle sobre estes atenta para o cotejamento entre o papel a ser desempenhado, como meio de acesso à informação plural, e a realidade do setor. A terceira parte do trabalho, considerando o fato de basear-se em possíveis soluções inseridas na ordem jurídica, também se dá por dedução e a

perspectiva adotada também é voltada ao cumprimento da função dos meios.

No que concerne às distinções conceituais, seu desenvolvimento resultou, basicamente, do uso de técnica de coleta bibliográfica e do exame de textos normativos. No exame das dimensões da liberdade de pensamento, o estudo foi, essencialmente, bibliográfico. Na identificação das normas concernentes ao tema, observando-se decisões nas quais se pode constatar a aplicação na ordem jurídica brasileira, adotou-se o método empírico juntamente com a leitura da doutrina correlata.

2 PREMISSA TERMINOLÓGICA E METODOLÓGICA

A presente seção é dedicada ao exame do conceito de liberdade de pensamento, notadamente como se apresenta na Constituição de 1988. Para tanto, primeiramente, cumpre explicitar distinções conceituais relativas ao tema.

Trata-se de requisito necessário à correta compreensão do trabalho, haja vista a variada terminologia adotada por conhecidos autores no Brasil, no exterior, assim como em documentos internacionais. O termo *liberdade de expressão*, por exemplo, ora é utilizado em sentido amplo, como gênero, ora em sentido restrito, como espécie. A compreensão do alcance conceitual para o entendimento do tema não dispensa tais precisões terminológicas.

Além de explicitar o sentido dos termos utilizados, para a interpretação das normas constitucionais atinentes ao tema, impende compreender a mudança do sentido atribuído aos mesmos com o decorrer do tempo. De uma liberdade *sem o Estado* para uma liberdade *com o Estado*, evidencia-se a dimensão transindividual², progressivamente adquirida pela liberdade de pensamento e as consequências jurídicas daí advindas.

A presente seção satisfaz a três objetivos específicos do trabalho: 1. conferir rigor terminológico ao tratamento do tema; 2. evidenciar a nova dimensão adquirida pela liberdade de pensamento; e, 3. demonstrar como esses diversos direitos se inserem na ordem constitucional brasileira.

2.1 DISTINÇÕES CONCEITUAIS RELATIVAS À LIBERDADE DE PENSAMENTO

Ao se discorrer acerca da liberdade de pensamento³, observa-se considerável variação terminológica a dificultar a precisa compreensão da abordagem proposta pelo autor e, conseqüentemente, a impor esclarecimento inicial. Em autores e em normas internacionais, não se encontra uma terminologia uniformemente adotada.

Nota-se o uso de “liberdade de expressão” como gênero, tanto para falar da intervenção estatal fomentando o discurso quanto para o efetivo exercício por indivíduos (v.g., em Owen Fiss⁴), em outros casos, a mesma expressão é espécie do gênero direitos de

² A respeito da diferenciação entre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, leia-se a tese de doutorado de Manoel Jorge e Silva Neto (SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2001, p. 28-45).

³ SABINO, Pedro Augusto Lopes. Limitações aos direitos de exclusividade de transmissão de grandes eventos esportivos decorrentes da dignidade humana. In: MATOS, Taysa; GOSTINSKI, Aline (org.). **Dignidade da pessoa humana**: estudos para além do direito. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017c, p. 257-277.

⁴ FISS, Owen M.. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução G. Binenbojm; C. M. Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

comunicação social (v.g., em Jorge Miranda ⁵). Quando Cass R. Sunstein ⁶ defende a possibilidade de regulamentação da liberdade de expressão, diversos casos são apresentados ao se referir a esta como um gênero amplo. Essa variedade terminológica justifica a explicitação do sentido dos termos utilizados. Na presente obra, opta-se pelo uso de liberdade de pensamento como gênero das liberdades mencionadas.

A opção por referida terminologia não é uma novidade no âmbito da doutrina brasileira, nem da internacional. No início da década de 1940, Pontes de Miranda se referia à *liberdade de pensamento* como gênero ao distingui-la da *liberdade física*. De acordo com o autor, o exercício da liberdade de pensamento, por variadas formas de emissão da mensagem (oral, escrita, por figura e gesticulação), refletiria-se em diversas formas de exercer a liberdade individual nas relações com outras pessoas: emitir o pensamento, ciência e pesquisa, liberdade de culto, liberdade de arte, liberdade de ensino, entre outras) ⁷. Nesse sentido, ao distingui-la da liberdade de informação jornalística, assevera:

O nome da liberdade, em terminologia jurídica, não é liberdade de imprensa – é liberdade de emissão do pensamento. Liberdade de imprensa chama-se à liberdade de emitir o pensamento por um dos seus meios de exercício: liberdade de emissão do pensamento por meio de publicação pela imprensa. ⁸

No plano internacional, como exemplos, pode-se destacar o fato de a Constituição italiana promulgada após a Segunda Guerra Mundial adotar a terminologia liberdade de manifestação do pensamento. No Peru, Cesar Landa Arroyo insere o estudo das liberdades de expressão e de informação entre as liberdades de pensamento⁹.

Tem-se, efetivamente, a manifestação do pensamento de modos variados. Por vezes, prevalece o aspecto subjetivo da manifestação; em outros casos, o seu caráter institucional é predominante e provocará diferentes consequências jurídicas.

Para o exame de diferentes aspectos da liberdade de pensamento, adota-se como referência inicial as distinções conceituais feitas por Jorge Miranda acerca dos direitos fundamentais de comunicação social¹⁰. De acordo com citado autor, é possível distinguir a

⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Vol. IV – Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 453-458.

⁶ SUNSTEIN, Cass R.. **Republic.com**: cittadini informati o consumatori di informazioni? Bologna: il Mulino, 2003.

⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. Atualizador Wilson Rodrigues Alves. Campinas-SP: Bookseller, 2002, p. 427-451.

⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Op. cit.**, p. 460.

⁹ LANDA ARROYO, César. **Los derechos fundamentales**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017.

¹⁰ Em outra oportunidade, a mesma distinção conceitual de Jorge Miranda já foi utilizada: SABINO, Pedro

liberdade de expressão, a liberdade de informação e a liberdade de comunicação. Saliente-se que da tripartição inicial serão adotadas algumas distinções examinadas a seguir.

2.1.1 Liberdade de expressão

A liberdade de expressão, consoante Jorge Miranda, “abrange qualquer exteriorização da vida própria das pessoas”. As “crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções, atos de vontade”, exteriorizados por qualquer forma (oral ou escrita, imagem, gesto ou silêncio), são compreendidos no conceito de liberdade de expressão¹¹. Tem-se na obra do autor um conceito de liberdade de expressão apto a abranger amplo rol de situações.

Sem prejuízo da concordância com boa parte do pensamento do autor, deve-se fazer uma ressalva. Jorge Miranda, ao indicar vários dispositivos da Constituição de Portugal, distingue a liberdade de expressão em *sentido amplo* da liberdade de expressão em *sentido restrito*.

No primeiro caso, essa liberdade se relaciona com diversas outras:

Em sentido amplo, revela-se indissociável das mais diversas liberdades: da liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41.º), da liberdade de criação cultural (art. 42.º), da liberdade de aprender e ensinar (art. 43.º), da liberdade de manifestação (art. 45.º, n.º 2), assim como do direito de petição e de acção popular (art. 52.º) e do direito à greve (art. 57.º) e, de certo modo, da liberdade de profissão (art. 47.º), do direito de iniciativa económica (art. 61.º) e do direito de propriedade (art. 62.º). O direito à palavra (art. 26.º, n.º 1) e a inviolabilidade da correspondência e de outros meios de comunicação privada (art. 34.º, n.º 1) constituem suas garantias. E sem liberdade de expressão atinge-se o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26, n. 1, de novo).¹²

No sentido utilizado pelo autor, a liberdade de expressão equivale ao conceito de liberdade de manifestação do pensamento, anteriormente analisado e adotado para se referir à ideia mais ampla adotada neste trabalho.

Augusto Lopes. Liberdade de informação jornalística e o direito de crítica aos governantes: comparação entre Primeira República e ordem constitucional vigente. In: GREGORI, Isabel Christine Silva De; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; ASSAFIM, João Marcelo de Lima (coord.). **Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 226-246. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/pm96fr8x/R39n1J6I26Z7p2kq.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2018. SABINO, Pedro Augusto Lopes. Op. cit., 2017c, p. 257-277.

¹¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Vol. IV – Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 453.

¹² MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 453-454.

A respeito do segundo sentido, afirma Jorge Miranda:

Em sentido estrito, a liberdade de expressão recorta-se por exclusão de partes; vem a ser essencialmente liberdade de expressão do pensamento; e correlaciona-se então com a liberdade de informação e a de comunicação social. Para além do direito geral de expressão (art. 37.º, n.ºs 1 e 2), a Constituição consagra o direito de resposta e de rectificação (art. 37.º, n.º 4), os direitos de antena e de réplica política (art. 40º) e a liberdade de propaganda eleitoral [art. 113.º, n. 3, alínea *a*]. E, noutra instância, os Deputados não respondem, civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitam no exercício das suas funções (art. 157.º, n.º 1).¹³

Não parece adequado distinguir a liberdade de manifestação do pensamento (liberdade de expressão, em Jorge Miranda) com base nas demais liberdades com as quais se correlaciona (no caso da liberdade em sentido estrito, com a liberdade de informação e de comunicação social). Como demonstrado por Pontes de Miranda, a manifestação do pensamento se reflete nos diversos campos do pensar humano.

Atualmente, no caso de um curso telepresencial, a liberdade de aprender e de ensinar pode ocorrer conjugada com a liberdade de comunicação social¹⁴. Mesmo a liberdade religiosa é exercida com o recurso a meios de comunicação por radiodifusão. No caso brasileiro, com a TV Câmara e TV Senado, vê-se o direito à palavra do parlamentar ter os seus efeitos potencializados por meios de comunicação. O direito de antena é assegurado aos partidos políticos do Brasil (art. 17, § 3º, da CF) e pode ser exercido para mobilizar os seus filiados e simpatizantes a apoiarem uma greve, por exemplo. Com efeito, as diversas liberdades de pensamento terão uma dimensão predominantemente individual ou predominantemente coletiva conforme o meio de sua exteriorização. A inserção estanque em um ou outro grupo acaba por ofuscar a dupla dimensão dos direitos relacionados à liberdade de pensamento.¹⁵

Diferentemente da distinção feita por Jorge Miranda em relação à liberdade de expressão em sentido amplo e restrito, no presente trabalho, como afirmado anteriormente, por serem identificados dois conceitos distintos, opta-se pelo uso de termos diferentes: liberdade de manifestação (ou emissão) do pensamento como gênero e liberdade de expressão como uma de suas espécies, caracterizada pela *exteriorização de algo interno*.¹⁶

¹³ MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 454.

¹⁴ O conceito de *liberdade de comunicação* será desenvolvido mais à frente.

¹⁵ Posteriormente, será retomada a análise dessa dupla dimensão (individual e coletiva) dos direitos relacionados à liberdade de pensamento e as consequências jurídicas distintas a elas correspondentes.

¹⁶ Após o exeme da liberdade de informação, essa ideia será retomada, especificamente no que concerne ao *direito de informar*.

2.1.2 Liberdade de informação

A liberdade de informação, diferentemente da liberdade de expressão, está relacionada à *interiorização de algo externo*. Na decomposição do seu conteúdo, é largamente verificada na doutrina a identificação de três direitos inseridos em seu âmbito: *informar, se informar e ser informado*.¹⁷

Consoante Álvaro Rodrigues Junior, o direito de *informar* “consiste na faculdade de comunicar informações a outrem sem impedimentos”; o direito de *se informar* “consiste na faculdade de obter informações sem impedimentos”¹⁸; e o direito de *ser informado* “consiste na liberdade de receber informações íntegras, verdadeiras e contínuas, sem impedimentos”¹⁹. Adota igual distinção Vidal Serrano Nunes Júnior, que salienta o fato de tais direitos apresentarem “elevado grau de interdependência”.²⁰

No mesmo sentido, Jorge Miranda sintetiza a conhecida distinção:

A liberdade de informação tem em vista, ao invés, a interiorização de algo externo: consiste em apreender ou dar a apreender factos e notícias e nela **prevalece o elemento cognoscitivo**. Compreende o direito **de informar**, de **se informar** e de **ser informado** (art. 37º, n. 1, 2ª parte, e art. 16º, n. 2, da Declaração Universal), corresponde o exercício do primeiro direito a uma atitude **activa e relacional**, o segundo a uma atitude **activa e pessoal** e o terceiro a uma atitude **passiva e receptícia**.²¹

Essa diferenciação evidencia que, não se apresentando um exemplo de atitude “passiva e relacional”, é forçoso reconhecer que os direitos relacionados à informação se desdobram, imediatamente, em apenas três. Ademais, verifica-se um aspecto que parece contraditório: afirmar que a liberdade de informação tem em vista a *interiorização de algo*

¹⁷ Trata-se de diferenciação já utilizada anteriormente: SABINO, Pedro Augusto Lopes. **Liberdade de informação jornalística na Constituição de 1988 e o acesso aos meios de comunicação no exercício do direito de resposta**. [Dissertação de Mestrado] Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2013b. Disponível em:

<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12230/1/PEDRO%20AUGUSTO%20LOPES%20SABINO.pdf>>.

Acesso em: 13 dez. 2015. SABINO, Pedro Augusto Lopes. Op. cit., 2017c, p. 257-277.

¹⁸ Consoante Fábio Konder Comparato, até o advento dos meios de comunicação de massa, denegava-se aos indivíduos o direito de se informarem. Considerava-se que a família, a escola e a autoridade religiosa possuíam o controle do poder de informar (COMPARATO, Fábio Konder. Tocando no ponto nevrálgico: a democratização da informação e da comunicação social. *In: Revista da Universidade de São Paulo*, São Paulo, p. 49-58, jul./set. 1987. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rusp/article/view/132503/128622>>. Acesso em: 15 fev. 2019).

¹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 182.

²⁰ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e jornalismo**. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 44-47.

²¹ MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 454-455, grifos nossos.

externo e, ao mesmo tempo, inserir o direito de *informar* em seu conteúdo.²²

O exercício do direito de informação aqui preconizado, saliente-se, independe do fato de ser ou não exercido por meio de veículos de comunicação de massa. O uso de instrumento de comunicação de massa potencialmente multiplica os receptores da mensagem veiculada e auxilia a caracterização de uma dimensão predominantemente individual ou coletiva. Todavia, não há uma dependência em relação ao meio para a caracterização da liberdade de informação.

Quando o indivíduo busca acesso a projetos de lei ou atas de audiências públicas, exerce o seu direito de *se informar*. Quando expõe o resultado de sua análise dos referidos documentos, exerce o seu direito de *informar*. Por outro lado, ao receber informações concernentes ao assunto obtidas por outrem, que compartilha a sua experiência, esse indivíduo exerce o direito de *ser informado*. Nos três exemplos, têm-se o exercício do direito em uma microesfera.

A liberdade de informação pode apresentar uma dimensão restrita ao âmbito privado do emissor da mensagem, bem como uma dimensão coletiva. Se um profissional do jornalismo pratica as ações descritas no parágrafo anterior, tem-se um universo de pessoas potencialmente atingidas muito maior e adquire outra dimensão²³. O direito de *se informar* não servirá apenas ao indivíduo, mas à coletividade interessada no acesso à informação.

O exercício do direito de *informar* por esse profissional da comunicação também serve à sociedade como um todo, não apenas à esfera privada de quem informa. O envio, sem impedimentos, de dados a este profissional, que acompanha problemas comuns e as instâncias oficiais competentes pela fiscalização de sua regularidade, também atende a um interesse social no pluralismo²⁴. Nesses exemplos, a liberdade adquire uma dimensão predominantemente coletiva.²⁵

A distinção proposta e adotada no presente trabalho restará mais clara quando retomada após o exame da terceira espécie de liberdade de pensamento: a liberdade de comunicação.

2.1.3 Liberdade de comunicação

²² Acerca da classificação do direito de *informar* como liberdade de informação ou liberdade de expressão se dedicará posteriormente.

²³ Como será examinado posteriormente, tem-se de recorrer a outro conceito de liberdade para compreender adequadamente a distinção: liberdade de comunicação social.

²⁴ Acerca do conceito de pluralismo se discorrerá na seção 3.4.

²⁵ Por apresentar outra dimensão, justifica-se pensar em desdobramentos para a liberdade de informação (v.g., o universo de pessoas garantido pela proteção do sigilo de fonte).

A liberdade de comunicação é o objeto de destaque do trabalho. Consoante Jorge Miranda, a liberdade de comunicação social se diferencia das anteriormente indicadas (liberdade de expressão e de informação) por três aspectos:

A liberdade de comunicação social congloba a liberdade de expressão e a liberdade de informação, **com três notas distintivas**:

- a) A pluralidade de destinatários, o carácter colectivo ou de massas, sem reciprocidade;
- b) O princípio da máxima difusão (ao contrário da comunicação privada ou correspondência, conexas com a reserva da intimidade da vida privada e familiar);
- c) A utilização de meios adequados – hoje, a imprensa escrita, os meios audiovisuais e a cibernética.²⁶

A liberdade de comunicação, com a nota distintiva da pluralidade de destinatários, é exercida “sem reciprocidade”²⁷. Pergunta-se: o que caracteriza a reciprocidade na comunicação? O fato de um jornal diário, uma revista ou um portal na *internet* abrir campo próprio para comentários de seu público altera essa característica?

Reciprocidade é estado ou qualidade do que é recíproco. Diz-se que uma ação é *recíproca* quando o seu objeto é sujeito de outra ação similar, e cujo sujeito é objeto desta; quando implica ou parece implicar troca ou equivalência entre duas pessoas e coisas²⁸. Recíproco é adjetivo “que implica troca ou permuta, ou que se permuta entre duas pessoas ou dois grupos”, do latim *reciprocus* –a –um.²⁹

A existência de espaço para cartas ou comentários do público não confere reciprocidade ao exercício da liberdade de pensamento com carácter institucional. Esta liberdade, compreendida em perspectivas individuais, seja como liberdade de expressão ou como direito de *se informar* e *ser informado*, pode estabelecer uma relação de troca – ainda que não se venha a efetivar. Em uma comunicação privada, o emissor da mensagem pode influenciar e ser influenciado; pode haver uma circularidade ou, mais precisamente, um espiral na interação comunicativa. O ponto de partida do emissor pode mudar com a sua interação com os seus destinatários, que também emitem juízos acerca do que for abordado.³⁰

²⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Vol. IV – Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 456, grifos nossos.

²⁷ *Ibid.*, p. 456.

²⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed. Curitiba: positivo, 2004, p. 686.

²⁹ CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. 2. ed., 5. reimpressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992, p. 668.

³⁰ Essa característica de *reciprocidade* da comunicação demanda maior reflexão futura. No exercício de sua

A própria dinâmica do funcionamento de um veículo de comunicação social desfavorece a reciprocidade. Uma empresa de televisão, por exemplo, precisa se preocupar com uma programação diária, com a sua variedade (política, esporte, cinema, humor, entre outros), com os horários, de modo a, em certos casos, um mesmo tema ser retomado apenas muito tempo depois. Orientando-se pelo planejamento interno, a relação de troca com o seu público é comprometida.

Em que pesem essas considerações sobre a falta de reciprocidade dos meios de comunicação social, o mais importante é enfatizar que a liberdade de comunicação se distingue pela *conjugação dos fatores apontados*, não pela verificação de um ou outro isoladamente. Importa verificar a pluralidade de destinatários conjugada com a máxima difusão e com a utilização dos meios adequados coordenados por uma organização empresarial.

O meio de comunicação social, partindo-se do exemplo de uma empresa jornalística, sustentando-se das informações, é um *produtor de notícias* e a produção de notícias tem custo. Trata-se de um problema distinto do direito de informar em sua vertente individual, quando não se tem a preocupação com a periodicidade regular do que é informado, com a qualidade do que se informa ou com o número de pessoas informadas pelo emissor da mensagem.

Quando se exerce profissionalmente atividade relacionada à informação ³¹, todos esses fatores passam a ter relevância. Para se ter anunciantes, é preciso ter, com certa regularidade, um público interessado naquilo que habitualmente é veiculado. Além disso, no dia e/ou horário específico, é preciso apresentar fatos capazes de despertar a atenção do público que usualmente busca o veículo. Uma empresa de radiodifusão, por exemplo, para se viabilizar comercialmente, procura ocupar todo o tempo disponível enquanto verificado público capaz de custear o serviço. Uma empresa de televisão pode avaliar a redução do custo da notícia ao produzir algo que possa ser aproveitado em vários programas diferentes ao

liberdade de expressão, um artista não precisa sequer ouvir os comentários do seu público. No que concerne à liberdade de informação, o papel ativo do intérprete que *se informa e é informado*, não muda a dinâmica da comunicação em relação à fonte de informação, que também pode ser totalmente alheia ao entendimento do receptor de sua mensagem. Essencialmente, nesses casos nos quais se nota a característica individual sobre a institucional, quem sofre os efeitos da comunicação é o receptor da mensagem. Por enquanto, adota-se a característica distintiva apontada por Jorge Miranda.

³¹ Como afirma Robert K. Logan, o que é informação depende do contexto (**Que é informação?**: a propagação da informação na biosfera, na simbiosfera, na tecnosfera e na ecosfera. Tradução Adriana Braga. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2012, p. 25). A intensidade da luz e a cor das estrelas são informações para um astrônomo. Uma molécula de DNA contém informação genética. Sem celulares, sinais de fumaça e toques de instrumentos serviam à comunicação entre comunidades distantes. Neste trabalho, a abordagem se detém às informações transmitidas por meio de veículos de comunicação social.

longo da semana. Ao enviar um profissional ao exterior, para otimizar os recursos gastos, pode planejar diferentes produtos jornalísticos (v.g., artigos, editoriais, entradas ao vivo, entrevistas). Estas não são preocupações que afetam o titular do direito de informar sem o caráter institucional.

Jorge Miranda destaca características distintas dos direitos mencionados linhas acima³². Enquanto a *liberdade de expressão*, o direito de *se informar* e o de *ser informado* seriam individuais, mesmo quando exercidos coletivamente, o direito *de informar* tanto pode ser *individual* quanto *institucional*. Por outro lado, a liberdade de comunicação é, “necessariamente, institucional, visto que pressupõe organização (e organização de empresa)”.

Além disso, as liberdades de expressão e de informação “situam-se de pleno no campo dos direitos fundamentais”, já a liberdade de comunicação social envolve um conjunto de direitos e também se relaciona com o fenômeno do poder.

Retomando-se o exemplo acima, por meio do qual se enfatizou a dimensão distinta da propagação de informação no círculo privado de um indivíduo e a difusão da mensagem emitida por jornalista no exercício de sua atividade, pode-se identificar o exercício do direito de informar no primeiro caso e da liberdade de comunicação no segundo.

Conforme assevera Jorge Miranda, no século XIX, a imprensa correspondia à imprensa escrita e a liberdade de informação não adquirira autonomia em face da liberdade de expressão. Nessa época, os fatores individuais prevaleciam sobre os empresariais e o Estado interferia apenas *a posteriori*, por meio da justiça criminal. Este ponto de vista é incapaz de atender às demandas contemporâneas. Como nota o mencionado autor, nos regimes democráticos pluralistas atuais, a liberdade de informação³³ adquire relevo ligado à formação da vontade popular e a comunicação social se torna objeto da constituição material.³⁴

A liberdade de comunicação possui um caráter instrumental. Marcello Caetano afirma que a “liberdade tende a ser a expressão da limitação do Poder político”. Afirma a necessidade de distinguir dois conceitos fundamentais: “*a liberdade como atributo da pessoa*, na qual se encontra essencialmente a disponibilidade pelo indivíduo das suas faculdades pessoais e dos seus bens”; e a “*liberdade como instrumento de defesa ou de garantia da fruição e disposição dessas faculdades e desses bens*” – também denominada de *liberdade*

³² MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 456-457.

³³ Para a terminologia adotada no presente trabalho, é preferível entender como direito *de informar*, cuja localização será deslocada para a liberdade de expressão, juntamente com a liberdade de comunicação.

³⁴ *Ibid.*, p. 458.

instrumental ou *liberdade-participação* ³⁵. A liberdade de comunicação social e o direito de informar quando adquire dimensão institucional, indissociável do conceito de democracia, apresenta caráter nitidamente instrumental.

Tal entendimento dos direitos em questão conduziu a Constituição portuguesa de 1976 a distinguir o regime geral das liberdades de expressão e de informação, nos quais, até certo ponto, prevalece uma concepção liberal clássica ³⁶, e o regime da liberdade de comunicação social, “em que se adoptam medidas intervencionistas, para garantia do pluralismo” ³⁷. Ao se examinar a liberdade de pensamento, especialmente a colisão de direitos fundamentais com espécies de liberdade de pensamento, deve-se ter em mente essa percepção do tema e consequências jurídicas distintas possivelmente advindas.

Jorge Miranda, ao discorrer sobre a estrutura constitucional da democracia, destaca o *direito de informação política*, como uma “manifestação qualificada do direito dos cidadãos de se informar, sem impedimentos nem discriminações”. Seria assegurado aos cidadãos (art. 48º, n. 2º, da Constituição portuguesa de 1976) o direito de serem esclarecidos objetivamente sobre atos do Estado e demais entidades públicas, bem como sobre a gestão dos assuntos públicos ³⁸⁻³⁹. Pode-se dizer que este é um desdobramento da compreensão do direito de liberdade, mormente no que diz respeito à informação.

Em síntese, a liberdade de comunicação é institucional e o direito de *informar* tanto pode ser individual como institucional. Como esse trabalho se volta à liberdade de comunicação, o destaque é dado para a liberdade de pensamento exercida com *pluralidade de destinatários*, sem reciprocidade na comunicação; com máxima difusão, não limitada à comunicação privada; e com a utilização de recursos técnicos organizados em uma estrutura empresarial.

2.1.4 Liberdades de expressão, informação, comunicação e variações conceituais propostas

³⁵ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998. Tomo I, p. 308-309.

³⁶ Nesse sentido: MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010; MILTON, John. **Areopagítica**: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Tradução Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999; CONSTANT, Benjamin. **Escritos de política**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁷ MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 461.

³⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Vol. VII – Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 115.

³⁹ Acerca deste dispositivo constitucional e dos componentes essenciais do direito de tomar parte na direção dos negócios públicos, leia-se José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada, volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra-PT: Coimbra Editora, 2007, p. 663-667).

Com exceção do exercício da liberdade de comunicação, sempre que aqui se exteriorizar algo interno, estar-se-á diante do exercício da *liberdade de expressão*, inclusive quando se tratar do direito *de informar*. Por outro lado, sempre que se estiver diante da interiorização de algo externo, estar-se-á diante da *liberdade de informação*, não sendo classificado neste conceito o direito *de informar*.

Não importa se o dado exteriorizado é objetivo ou subjetivo, se é ou não crítica, se é ou não exclusivamente descritivo (sem ignorar a valoração intrínseca ao ato de escolher quais fatos serão ou não considerados relevantes para a descrição)⁴⁰, se diz respeito a esfera individual ou coletiva. Nesses casos, aqui, adota-se a terminologia *liberdade de expressão*.

Álvado Rodrigues Junior destaca a dificuldade prática da distinção

Distingue-se a liberdade de expressão da liberdade de informação afirmando-se que aquela significa tão-somente a manifestação de uma opinião (um juízo de conteúdo valorativo), enquanto esta reflete a comunicação sobre fato (notícia). Todavia, não é tarefa fácil separar a expressão de pensamentos, idéias e opiniões de uma restrita comunicação informativa, pois a expressão de pensamentos necessariamente se apóia na narração de fatos e, inversamente, a comunicação de fatos e notícias nunca se dá em um estado “puro”, pois quase sempre contém algum elemento valorativo.⁴¹⁻⁴²⁻⁴³

A dificuldade de distinção é agravada pela convergência de linguagens. Não raro, a livre expressão artística e o conteúdo informativo se misturam. A música já foi fonte de informações relativas a acontecimentos distantes, bem como meio de manter viva a memória

⁴⁰ Daniel Sarmiento critica a distinção entre fatos e opiniões feita na doutrina. A própria natureza humana não permitiria a separação entre a informação transmitida e a influência de pré-compreensões do emissor da mensagem. Todo relato de um fato seria uma versão dele, sempre influenciado por opiniões e interesses de quem o reporta. Sem prejuízo desse entendimento, assevera o autor que não se deve levar o raciocínio ao extremo de recusar qualquer diferença entre domínio dos fatos e das opiniões (SARMENTO, Daniel. Art. 220. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2136-2137).

⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 182.

⁴² Perseu Abramo, ao examinar a informação jornalística, deixa claro como o elemento valorativo sempre está presente (ABRAMO, Perseu. **Padrões de manipulação na grande imprensa**. 3. reimpressão. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009). O processo de elaboração da notícia, mesmo quando se trabalha com boa-fé, ainda que a manipulação não seja intencional, não produz nada sem elementos valorativos, que partem da escolha do fato a ser divulgado a quais dados serão usados para retratá-lo em meia página de uma publicação ou em vinte segundo de televisão.

⁴³ Guido Gili informa que, nos últimos anos, estudos no âmbito da psicologia social e da microsociologia demonstram ser a manipulação uma dimensão constitutiva das relações interpessoais e sociais. Especificamente acerca dos meios de comunicação, afirma que informação, entretenimento e publicidade se prestam a fins específicos e formas particulares de manipulação (GILI, Guido. **Il problema della manipolazione: peccato originale dei media?** Milão: FrancoAngeli, 1996, p. 12-16).

de acontecimentos passados. Durante o Regime Militar brasileiro, a música “Sobradinho”, de Sá e Guarabyra, noticiou obra pública com gigantesco impacto sobre o meio ambiente e sobre a vida das pessoas residentes nas cidades completamente alagadas pela construção da represa. Uma pintura, como “Guernica”, de Pablo Picasso, expressa a opinião do artista com vigor, não raro, maior do que o verificado em um texto escrito em linguagem denotativa. O mesmo se pode dizer de um poema como “Navio Negreiro”, de Castro Alves, ao criticar a escravidão, ou do poema “Reprovações”, de Gregório de Matos, ao fazer a crítica da sociedade da época. Um livro de fotografias como “Trabalhadores”, do fotógrafo brasileiro Sebastião Salgado, tem um nítido caráter crítico das condições precárias a que são submetidas inúmeras pessoas pelo mundo ⁴⁴. No livro “O berço da desigualdade”, com fotografias de Sebastião Salgado e textos de Cristovam Buarque, a crítica aos problemas que afligem as crianças do mundo como a raiz da desigualdade futura é extremamente eloquente ⁴⁵. Adotando-se a distinção entre o direito de informar e a liberdade de expressão, o transeunte que encontrar a impressão de uma foto publicada no livro Kuwait, de Sebastião Salgado, dirá que é expressão ou informação? ⁴⁶

O David, de Michelangelo, exibido originalmente na frente palácio-sede do governo florentino, tinha um claro conteúdo político, como metáfora do povo florentino capaz de vencer poderosos inimigos. A centralização do poder no Egito antigo se refletiu em uma produção artística que transmite a ideia de ordem, de austeridade, de estabilidade, por meio de seus monumentos ricamente ornados. O crescimento do poder da burguesia se traduziu na mudança dos temas retratados por pintores: a representação de comerciantes, do interior de residências de burgueses entre outros temas distantes da tradicional representação da aristocracia e do clero. Existem conexões entre a produção artística e as relações e as sociais de uma época a ponto daquelas servirem como fontes de estudo.

A própria atividade jornalística incorpora elementos de entretenimento ao produto oferecido ⁴⁷. Esse fenômeno é associado à necessidade de conquistar público apto a financiar os veículos ⁴⁸. Não se pode olvidar que a própria descrição do que é real ou criação do real é objeto de estudos. ⁴⁹

⁴⁴ SALGADO, Sebastião. **Trabalhadores**: uma arqueologia da era industrial. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

⁴⁵ SALGADO, Sebastião; BUARQUE, Cristovam. **O berço da desigualdade**. Brasília: UNESCO, 2005.

⁴⁶ SALGADO, Sebastião. **Kuwait**: um deserto em chamas. Colônia: Taschen, 2016.

⁴⁷ GUTMANN, Juliana Freire; SANTOS, Thiago Emanuel Ferreira dos; GOMES, Itania Maria Mota. “Eles estão à solta, mas nós estamos correndo atrás”: jornalismo e entretenimento no *Custe o Que Custar*. In: GOMES, Itania Maria Mota (org.). **Televisão e realidade**. Salvador: EDUFBA, 2009, p. 75-90.

⁴⁸ É interessante o caso da RAI italiana. Seus diversos canais possuem uma programação, aparentemente, tão comercial quanto qualquer canal privado. Essa afirmação é fruto da observação direta durante o período sanduíche na Itália.

⁴⁹ GOMES, Itania Maria Mota (org.). **Op. cit.**, p. 75-90.

Ademais, o barateamento do acesso a recursos técnicos tem facilitado a criação de meios de comunicação que transitam entre a livre expressão privada e o que costuma ser classificado como atividade informativa. Enquanto não atingem elevado número de acessos diários com regularidade capaz de estimular a dedicação em caráter profissional do responsável, é comum a existência de páginas de *internet* e *blogs* que apresentam produções diversas. Esses casos indicam que a predominância do interesse privado ou público existe tanto na livre expressão (artística, por exemplo), quanto no ato de informar por esses meios.

A terceira espécie de liberdade de pensamento, a liberdade de comunicação, deve ser entendida como uma convergência das liberdades de expressão e de informação qualificadas pelo caráter institucional acima examinado. A liberdade de comunicação é marcada por sua relação com o fenômeno do poder e, por consequência, com a efetividade da democracia no Estado.

O exercício da liberdade de comunicação se diferencia pelo necessário caráter profissional, pela organização empresarial que lhe é subjacente. Longe da situação de vulnerabilidade de um panfleteiro qualquer, essa diferença deve ser observada quando em risco a efetividade de direitos fundamentais de terceiros (por exemplo, honra e imagem) e pode justificar uma prevalência *prima facie* distinta quando comparada com o exercício de uma liberdade sem caráter institucional em colisão com estes direitos.

Tal distinção inicial tem consequências práticas que podem ser observadas tanto no plano individual quanto no coletivo. Há um indiscutível interesse social em se garantir a liberdade de comunicação como meio de controle do exercício do poder no Estado. Quando um meio de comunicação social se coloca nessa posição, a sua proteção é um modo de garantir, em última instância, o próprio Estado Democrático de Direito e a efetividade da Constituição.

Por outro lado, tendo-se em vista o desenvolvimento de grandes conglomerados no setor de comunicação, imaginando-se a divulgação de fatos relativos a uma pessoa física, ou mesmo jurídica, não se pode ignorar que o alvo da cobertura dos meios pode ser, precisamente, o lado nitidamente vulnerável em relação àqueles. No plano individual, a *vulnerabilidade*⁵⁰ das partes envolvidas deve servir de parâmetro de prevalência *prima facie* de direitos fundamentais em colisão com a esta liberdade.

⁵⁰ Acerca de vulnerabilidade, leia-se a tese de Urbano Félix Pugliese do Bomfim, defendida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, **O direito como instrumento de proteção dos vulnerados na seara das sexualidades**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17762/1/Urbano%20F%C3%A9lix%20Pugliese%20do%20Bomfim%20-%20Tese%20finalizada.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2015.

Para um país monárquico, o casamento do herdeiro do trono é um evento histórico de indiscutível relevância pública. Em outras situações, a hiperexposição da vida privada de uma pessoa não se reveste do mesmo caráter, e a proteção a um veículo de comunicação em detrimento de direitos da personalidade de alguém que se encontra, em relação ao meio de comunicação, em situação de vulnerabilidade, não se justifica do ponto de vista constitucional.

No plano coletivo, que orienta o recorte do presente trabalho, a distinção conceitual serve para justificar um regime jurídico específico para a liberdade de comunicação. A reunião de situações díspares sob o pálio do termo *liberdade de expressão* dificulta o reconhecimento de casos que merecem tratamentos diferenciados. O uso indiscriminado do mesmo termo para conceitos desiguais alimenta a ideia equivocada de se qualificar como censura interferências no setor de comunicação.

Seja a produção normativa do Legislativo, a do Executivo, seja a do Judiciário, incluindo-se, salientem-se, mudanças de orientações interpretativas, devem ser tomadas em consideração as especificidades de cada um dos diferentes direitos envolvidos. O exercício da liberdade de pensamento apresenta dimensões dessemelhantes em suas manifestações específicas e um regime jurídico diferenciado corresponde ao próprio delineamento do direito examinado.

Cass R. Sunstein, ao discorrer sobre a *internet*, põe em relevo a relação entre propriedade e regulamentação. De acordo com o autor, quando o governo reconhece e tutela direitos, assim como estabelece limitações, tem-se uma regulamentação. O próprio direito de propriedade só pode ser identificado em razão destes parâmetros. A discussão relacionada à regulamentação da liberdade de comunicação (liberdade de expressão na terminologia adotada pelo autor citado) concentra-se no tipo de regulamentação⁵¹. O seu regime jurídico diz respeito, também, aos parâmetros que correspondem ao seu reconhecimento.

⁵¹ “Questo non significa che se debba lasciare che il governo faccia qualsiasi cosa voglia. Ma vuol dire che **il vero punto è quale tipo di regolamentazione** dovremmo avere per internet, e non se dovremmo avere una. [...]. Quando il governo riconosce e tutela dei diritti, e quando proibisce che le persone facciano ciò che vogliono, questa si chiama «regolamentazione» in tutte le normali accezioni dei termini. [...]. In questo modo il complesso di diritti vigente in internet non è diverso, in linea di principio, dal complesso di diritti vigente altrove. Ma per quanto riguarda internet c'è una complicazione. Nello spazio ordinario, non è possibile, concretamente, concepire un sistema di diritti relativi alla proprietà senza che vi sia consistente presenza dell'autorità di governo. [...]. Nessuna di queste affermazioni dovrebbe essere usata come argomento contro quelle forme di regolamentazione che stabiliscono e garantiscono i diritti di proprietà. **Al contrario, un sistema efficiente di libera espressione ha bisogno dei diritti di proprietà.** Um sistema del genere probabilmente è molto migliore se la legge crea e protegge i proprietari di giornali, periodici, stazioni radio e tv, siti web. I diritti di proprietà rendono questi soggetti molto più sicuri e stabili e, proprio per questa ragione, producono molto di più a favore dell'espressione” (SUNSTEIN, Cass R.. **Republic.com**: cittadini informati o consumatori di informazioni? Bologna: il Mulino, 2003, p. 149-153, grifos nossos).

Como afirmado ⁵², ao se analisar a mudança “Da ênfase na liberdade do emissor para a do receptor da mensagem”, a doutrina da liberdade exercida sem o Estado, difundida sob o império do Estado Liberal, foi confrontada com o ponto de vista imposto por nova concepção de Estado Social. A ideia de liberdade sem intervenção estatal passou a ser cotejada com a constatação da necessidade de interferência estatal como meio de se assegurar a efetividade dos direitos das demais pessoas.

Norberto Bobbio destaca, em sua obra *L'età dei diritti* ⁵³, que os direitos do homem são direitos históricos, resultantes de lutas por liberdade religiosa, civil, política e social que culminaram na sua configuração atual. Novos direitos surgiriam conforme as necessidades provocadas pelo contexto histórico, não existindo uma correspondência entre o rol de direitos hoje amplamente reconhecido e as reivindicações dos primórdios do iluminismo.

Um avanço tecnológico que venha a tornar dispensáveis os serviços de milhares de trabalhadores, por exemplo, tem um reflexo direto sobre as necessidades de subsistência do homem e pode provocar a necessidade de novos direitos. No campo da manifestação do pensamento, a evolução social e a concentração da propriedade no setor de comunicação evidencia a mesma necessidade.

Thomas Piketty, em conhecido estudo desenvolvido com pesquisadores de vários países sobre a dinâmica histórica das rendas e patrimônios em mais de vinte países, destaca a capacidade de o capital, uma vez constituído, se reproduzir mais rápido do que o crescimento da produção. Isso persistiria mesmo em um contexto de *concorrência perfeita* ⁵⁴ de modo a se justificar, no seu entender, o imposto progressivo anual sobre o capital. ⁵⁵

Não entrando no mérito da proposta de adoção do imposto progressivo como solução, é importante destacar para o presente trabalho a constatação da tendência de acúmulo mesmo quando há concorrência. No setor de comunicação brasileiro, a concentração é destacada há muito tempo. Diversos estudos enfatizam a concentração da propriedade da mídia brasileira desde a década de 1970 em poucos grupos familiares que se reduziram ainda mais após a abertura ao aporte de capitais proporcionada pelas Emendas Constitucionais n. 8 e n. 36 (de dez para sete). ^{56 57}

⁵² SABINO, Pedro Augusto Lopes. **Op. cit.**, 2013b.

⁵³ BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Turim: Giulio Einaudi Editore, 1997.

⁵⁴ Trata-se de conceito a ser analisado na seção 2.3 deste trabalho.

⁵⁵ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 555-557.

⁵⁶ CAMARGO, Cláudio. O meio é a mensagem: a globalização da mídia. In: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (org.). **História da imprensa no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2011, p. 271-275.

⁵⁷ José Paulo Cavalvanti Filho também registra o controle de poucas famílias que controlam 90% dos meios de comunicação de massa no Brasil (CAVALCANTI FILHO, José Paulo. E Lord Jones morreu: discurso por

Esse contexto não é propriamente novo. Afinal, Thomas Piketty também utiliza dados antigos para comparar com os presentes. Todavia, a existência de dados disponíveis e os meios de se trabalhar com esses dados em uma rede mundial são recentes. A constatação da tendência à concentração mesmo em uma ambiente de concorrência perfeita põe ainda mais evidência ao problema da omissão estatal no implemento de ações destinadas a conferir efetividade ao art. 220, §5º, da CF.⁵⁸

Norberto Bobbio, na mesma obra supracitada, especificamente no ensaio *La resistenza all'oppressione, oggi*⁵⁹, escrito em 1971, examina as razões históricas da revivescência do tema e os elementos distintivos entre o modo como a temática era posta no passado e os novos fatores a justificar o estudo da resistência à opressão. Sem pretender uma abordagem mais detalhada desse ensaio, que extravasa o objetivo deste trabalho, é possível mencionar o destaque ao controle do abuso de poder e o controle dos meios de comunicação como modo de promovê-lo.

A resistência, diferentemente da contestação, colocaria em questão a ordem constituída, o poder dominante. Quando da elaboração do seu ensaio, a retomada do tema seria determinada por novos fatores.

O declínio da temática verificado no passado teria sido determinado por razões *ideológicas* e *institucionais*. As razões ideológicas, baseadas no declínio do Estado, teriam perdido força com a concentração do poder político, econômico e ideológico, que marcariam a afirmação histórica do Estado. As correntes que afirmavam a superação do Estado e a resistência teriam sofrido com essa concentração do poder estatal.

Do ponto de vista institucional, o declínio do direito de resistência teria acompanhado a instauração do Estado Liberal e depois democrático, caracterizado pelo acolhimento e regulamentação de exigência da burguesia em ascensão por contenção e delimitação do poder. Esse processo teria culminado na chamada constitucionalização do

controle democráticos ao poder dos meios de comunicação. *In*: CAVALCANTI FILHO, José Paulo (org.). **Informação e poder**: ampla liberdade de informação X responsabilidade no exercício dessa liberdade. Rio de Janeiro: Record; Recife: Fundação Cultural, 1994, p. 41).

Américo Antunes também registra o mesmo número reduzido de grupos familiares no controle dos meios de comunicação de massa no Brasil (ANTUNES, Américo. Democratização da informação. *In*: CAVALCANTI FILHO, José Paulo (org.). **Op. cit.**, p. 113).

Luiza Villaméa aborda o problema da subordinação da liberdade de imprensa ao interesse da empresa (VILLAMÉA, Luiza. Revolução tecnológica e reviravolta política. *In*: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (org.). **Op. cit.**, p. 252).

⁵⁸ Fábio Konder Comparato também afirma essa tendência à concentração do capital e à centralização do seu controle (COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 159).

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Turim: Giulio Einaudi Editore, 1997, p. 157-173.

direito de resistência e de revolução. A constitucionalização dos remédios contra o abuso ocorreu por dois institutos: a separação dos poderes e a subordinação de todos os órgãos estatais ao Direito (o constitucionalismo). Ainda sobre exigências de garantias contra formas de usurpação, Norberto Bobbio destaca a constitucionalização da oposição e a investidura popular dos governantes periodicamente verificada com o alargamento do sufrágio até tornar-se universal.⁶⁰

De acordo com Norberto Bobbio, que esse sistema de controle está em crise. Cada vez mais, percebe-se que o sistema político é *um subsistema de um sistema global*. Nesse contexto, estaria em *crise a participação popular* nos Estados democráticos reais. Essa crise seria determinada, no mínimo, por três razões: 1) a participação culminaria, na melhor hipótese, na representação parlamentar, mas o legislativo não seria mais o centro do poder real; 2) ainda que fosse o centro do poder real, a participação se limita a uma legitimação periódica a uma classe política restrita que busca a própria conservação; 3) mesmo no restrito âmbito da eleição, a participação é distorcida ou manipulada pela propaganda. Além dessas três, Norberto Bobbio destaca a mais grave, que deve ser considerada a quarta: 4) a apatia política⁶¹. Nesse contexto, para reavivar a participação e torná-la mais eficiente, Bobbio elenca algumas propostas nas quais destaca os meios de comunicação: 1) órgãos de decisão fora dos institutos clássicos de governo parlamentar; 2) a democracia direta; 3) o controle popular dos meios de comunicação e propaganda.⁶²

Vê-se que a preocupação com os meios de comunicação, seus reflexos sobre a democracia e sobre a legitimidade da representação popular não é algo novo. Assim como defendido por Bobbio, o retorno aos velhos temas não é nem uma exumação nem uma repetição, mas fruto de determinadas condições históricas que os trazem à tona com aspectos diferentes⁶³. O debate sobre o controle da concentração da propriedade dos meios de comunicação social se insere, repita-se, entre os temas a serem revisitados em busca de soluções aptas a satisfazer necessidades contemporâneas.

Da defesa da liberdade de impressão sem necessidade de autorização prévia até o uso de múltiplos meios de expressão jornalística transcorreram séculos. De um ponto de vista eminentemente individualista, passou-se ao reconhecimento de uma dimensão coletiva da liberdade de informação, particularmente no que concerne à liberdade de comunicação.

Em um primeiro momento, viu-se a ênfase na concepção individualista. A obra

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Turim: Giulio Einaudi Editore, 1997, p. 160-166.

⁶¹ Ibid, p. 166-167.

⁶² Ibid., p. 168.

⁶³ Ibid., p. 168-173.

Areopagítica, de John Milton ⁶⁴, de 1644, costumeiramente apontada como a primeira defesa da liberdade de imprensa (atualmente, mais adequadamente chamada liberdade de informação jornalística), é fruto desse primeiro momento ⁶⁵. Nela são encontrados alguns dos argumentos ainda hoje utilizados para a defesa da liberdade de informação e mesmo da liberdade de comunicação social ⁶⁶, veja-se, nesse sentido, até mesmo a ideia de restrição à responsabilidade posterior por abusos. ⁶⁷

Note-se, com base em Venício Artur de Lima que a ideia original de liberdade de imprensa se referia, simplesmente, à possibilidade de imprimir sem a necessidade de uma autorização prévia do oficial designado pelo governo para inspecionar os textos a serem publicados (o *Imprimeur*, abolido em 1688) ⁶⁸. Nesse sentido, o conteúdo original da liberdade de imprensa, em grande medida, confundia-se com a livre expressão das pessoas.

O prejuízo para o exercício da soberania popular decorrente do cerceamento da livre discussão é inexorável. Obstáculos ao acesso à informação e à efetividade do debate público constituem séria ameaça à efetividade da democracia, tanto quando ocorre um controle estatal como quando se verifica um controle privado. A dimensão coletiva da liberdade de comunicação foi se afirmando progressivamente.

Karl Marx, em 1842, no texto “Debates sobre a liberdade de imprensa”, talvez tenha sido o primeiro a discorrer a respeito do reflexo do fator econômico sobre a liberdade de imprensa (que, como já afirmado, em grande medida, confundia-se com a liberdade de expressão) ⁶⁹. De acordo com o seu entendimento, poderiam ser identificadas “censura intelectual” e “censura material”, esta última caracterizada pela subordinação ao interesse do mercado.

Independentemente de se considerar como uma espécie de censura, a observação de Marx é interessante no que concerne ao controle do mercado, principalmente quando sob a

⁶⁴ MILTON, John. **Areopagítica**: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Tradução Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

⁶⁵ Uma síntese da obra acompanhada de alguns comentários já foi feita em outra oportunidade (SABINO, Pedro Augusto Lopes. **Op. cit.**, 2013b).

⁶⁶ A obra de Líbero Badaró, de 1829, reconhecida como a primeira defesa da liberdade de imprensa no Brasil, tem nítida reiteração das ideias de Milton (BADARÓ, Líbero. **Liberdade de imprensa**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2011).

A mesma observação pode ser feita ao se comentar o trabalho de Barbosa Lima Sobrinho, de 1975 (*Liberdade de Imprensa e Estado de Direito*. Recife: OAB-PE, 1975).

⁶⁷ MILTON, John. **Op. cit.**, p. 129-131.

Benjamin Constant, no mesmo sentido, defendia a responsabilização como consequência do exercício abusivo da liberdade (CONSTANT, Benjamin. **Escritos de política**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 131).

⁶⁸ LIMA, Venício A. de. **Liberdade de expressão x Liberdade de imprensa**: Direito à comunicação e democracia. São Paulo: Publisher Brasil, 2010, p. 27-28 e 40-43.

⁶⁹ MARX, Karl. **Liberdade de imprensa**. Tradução Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 64.

justificativa de predominância no mercado baseada na eficiência. Atender ao interesse da audiência pode conduzir não apenas ao controle do mercado como a restrições à ideias. Quando se trata de proteção de grupos minoritários, uma subordinação exacerbada à audiência importa em verdadeiro *efeito silenciador*⁷⁰ sobre esses grupos.⁷¹

Na oportunidade, o autor destaca o problema do conflito entre liberdade e liberdade, no qual se situaria a discussão para a regulação⁷². Cuida-se de uma questão constitucional que exige muita cautela para não se provocar uma espécie de controle de conteúdo.

A reconstrução do real no processo comunicativo gera distorções ainda que não intencionais. Trata-se de um fenômeno cujo controle, mesmo que se considere possível, é muito improvável. A tutela possível da efetividade do debate público passa pelo combate ao controle de mercados no setor de comunicação, bem como ao controle do acesso ao conteúdo de interesse público (o que demanda restrições à participação excessiva no mercado, ainda que não se possa denominar, rigorosamente, de um controle do mercado).⁷³

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou, em 2000, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão. Afirmou-se a necessidade de ser assegurado o respeito às liberdades individuais e aos direitos fundamentais através de um Estado de Direito.

No que concerne à concentração da propriedade dos meios de comunicação, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão fez expressa referência aos monopólios e oligopólios. A existência destes na propriedade e controle dos meios de comunicação ameaçam a democracia ao restringirem⁷⁴ a pluralidade que assegura o pleno exercício do direito à informação:

12. Os monopólios ou oligopólios na propriedade e controle dos meios de comunicação devem estar sujeitos a leis anti-monopólio, uma vez que conspiram contra a democracia ao restringirem a pluralidade e a diversidade que asseguram o pleno exercício do direito dos cidadãos à informação. Em nenhum caso essas leis devem ser exclusivas para os meios de comunicação. As concessões de rádio e televisão devem considerar critérios democráticos

⁷⁰ Sobre o efeito silenciador do discurso público provocado pela hiperexposição de outros discursos, leia-se Owen M. Fiss (FISS, Owen M.. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução Gustavo Binenbojm; Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33-60).

⁷¹ Algo semelhante é observado no plano partidário e em eleições majoritárias. A necessidade de obtenção do apoio da maioria produz um discurso político pouco diferenciado, com ênfase nos setores do eleitorado mais numerosos, ainda que a prática do grupo político eleito seja voltado para uma minoria.

⁷² FISS, Owen M.. **Op. cit.**, p. 33-60.

⁷³ A vedação ao controle dos mercados e do acesso a conteúdos de interesse público será retomado nas seções 3.3 e 3.4.

⁷⁴ Carlo Esposito, na década de 1950, já destacava o problema dos monopólios dos meios como um modo de censura, interferindo nos pensamentos a serem difundidos sem obstáculos (ESPOSITO, Carlo. **La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano**. Milão: Giuffrè Editore, 1958, p. 28-29).

que garantam uma igualdade de oportunidades de acesso a todos os indivíduos.

A feição coletiva da liberdade de comunicação conduziu ao reconhecimento da necessidade de combate à concentração dos meios de comunicação social. Os princípios expressos na Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão são um exemplo disso.

A proteção da liberdade de pensamento como delimitação de uma esfera de individualidade protegida do arbítrio, opondo-se à opressão, continua sendo uma dimensão relevante a receber atenção da doutrina e da jurisprudência nacionais. Todavia, como já se teve a oportunidade de afirmar, ela é insuficiente quando dissociada de uma dimensão transindividual, quando ignora a organização empresarial associada à circulação de informações na atualidade e termina por tutelar a liberdade de comunicação social com o mesmo aparato dedicado a um pequeno blogueiro ou pasquim.

A liberdade de pensamento do panfleteiro desconhecido deve ser, sob o ponto de vista da Constituição de 1988, evidentemente, protegida. Contudo, o regime jurídico vigente evidencia a necessidade de atenção especificamente dirigida à concentração da propriedade dos meios de comunicação (art. 220, § 5º, da CF). Nesse sentido deve ser dirigido o trabalho no tópico seguinte.

Do ponto de vista de uma doutrina desenvolvida sob o império do Estado Liberal, no campo da proteção da liberdade de pensamento, efetivamente, passou-se ao ponto de vista de uma doutrina necessária a um Estado Social. A ideia de liberdade sem o Estado, em um contexto de progressiva concentração do poder, passou a ser confrontada com a constatação da necessidade de intervenção estatal como meio de assegurar a liberdade para a maioria. No setor de comunicação, o implemento da concorrência vai ao encontro da proteção dos interesses do público, dos destinatários das mensagens que são ameaçados por um contexto desfavorável ao debate plural.

Saliente-se que, mesmo no interior de uma tradição liberal, a ideia de liberdade garantida sem a atuação do Estado passou a ser criticada. Mesmo liberdades tradicionalmente classificadas como *negativas* exigem atividade positiva do Estado.

Ademais, também para quem adota uma concepção de Estado Liberal, o seu caráter democrático passou a reclamar a garantia de condições mínimas sem as quais a formação da vontade nacional resta comprometida. A imensa desigualdade na participação do debate público se reflete em uma opinião pública igualmente distorcida.

2.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA CLASSIFICAÇÃO ADOTADA

Diversas passagens da Constituição de 1988 sustentam a ampla proteção à liberdade de pensamento e, de maneira explícita, o conteúdo da classificação apresentada. Os dispositivos estão postos e cabe à doutrina um esforço de reconstrução analítica dos mesmos de modo a subsidiar os aplicadores do direito.

Deve-se gizar o desenvolvimento da teoria jurídica no sentido da dissociação entre dispositivo e norma, compreendida como a resultante do processo interpretativo. O presente trabalho se vale de estudos nesse sentido, notadamente com base em Riccardo Guastini.

De acordo com Guastini, o vocábulo norma possui dois sentidos. A primeira acepção é associada à manifestação legislativa, ao *enunciado*; a segunda, ao *conteúdo*, ao sentido da manifestação legislativa. Consequentemente, o significado do vocábulo “norma” não é o mesmo quando utilizado nas expressões “interpretação de norma” e “aplicação de norma”: no primeiro, tem o sentido de enunciado; no segundo, de conteúdo.

Tendo em vista a falta de uma nítida distinção entre os dois sentidos do vocábulo norma, ele propõe uma *diferenciação terminológica*: o enunciado legislativo passou a ser chamado de *disposição*; o conteúdo de sentido passou a ser chamado de *norma* em sentido lato. A disposição seria o *objeto* da interpretação; a norma, o *resultado*.

Como destacado pelo referido autor, entre disposição e norma não há uma correspondência biunívoca. Com efeito, é possível uma única disposição exprimir mais de uma norma. Por outro lado, muitos dispositivos possuem um *conteúdo complexo*, exprimindo várias normas.⁷⁵

Muitos dispositivos seriam ambíguos de modo a permitir atribuições de significados *diversos e conflitantes*. Uma única disposição não corresponderia a uma única norma, bem como poderiam ser reciprocamente incompatíveis.

Guastini salienta que podem existir dispositivos que apenas *reiteram* o que foi afirmado em outro. Nesse caso, também é possível que a sinonímia seja *parcial* (quando os elementos de um conjunto de normas “A” relacionado com o dispositivo “1” corresponder *parcialmente* aos elementos do conjunto de normas “B” relacionado ao dispositivo “2”).

Valendo-se das lições de Crisafulli, Guastini enfatiza a possibilidade de um dispositivo *não exprimir norma alguma*. De acordo com o autor, as disposições não exprimem norma por exprimirem apenas *fragmentos de normas* ou uma *norma incompleta ou inacabada*. Por outro lado, seria igualmente possível um ordenamento constituído por normas

⁷⁵ GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, p. 15-16.

*não extraídas de uma disposição específica.*⁷⁶

O conhecido trabalho de Humberto Ávila sobre princípios faz expressa referência a Riccardo Guastini ao iniciar a sua abordagem, na qual reitera a falta de correspondência entre disposição e norma⁷⁷. Nelson Nery, valendo-se de outras fontes, também afasta a equivalência entre disposição e norma em sua obra sobre princípios do processo insertos na Constituição de 1988. Este autor deixa bem claro como diversas garantias processuais explicitadas no texto constitucional (disposições diversas) já estariam compreendidas na garantia do *devido processo*.⁷⁸

No que concerne à liberdade de pensamento e às suas espécies preconizadas no presente trabalho, diversas disposições, distribuídas por diferentes passagens do texto constitucional, podem ser apontadas. No Título II, relativo a direitos e garantias fundamentais, o direito à liberdade amplamente considerado está presente no art. 5º, *caput*.

Quando se examina a liberdade de manifestação do pensamento, tem-se expressa referência no art. 5º, IV, com a ressalva da vedação do anonimato. O contraditório informativo é favorecido pelo direito de resposta (art. 5º, V). A expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença também encontra previsão expressa (art. 5º, IX). O acesso à informação é assegurado a todos e resguardado o sigilo da fonte, do que se depreende o propósito de facilitar que venham à tona dados de interesse público (art. 5º, XIV).

A Constituição também deu destaque ao dever de informar dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII). Sem informação a formação das convicções dos cidadãos resta comprometida, bem como a manifestação do pensamento.

A inafastabilidade de jurisdição, que não deve deixar de apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV), é um pilar dos direitos em geral e, em particular, da liberdade de manifestação do pensamento. No campo do acesso à informação e retificação, destaca-se na Constituição de 1988 o *habeas data* (art. 5º, LXXII), ao qual se conferiu gratuidade (art. 5º, LXXVII).

Não se pode esquecer outras disposições constitucionais evidenciam o propósito de promover o acesso do cidadão a dados relativos ao funcionamento dos diversos órgãos públicos. Nesse sentido, o art. 37 impõe a publicidade à administração direta e indireta de

⁷⁶ Ibid., p. 16-20.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-22.

⁷⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

qualquer dos Poderes de todos os entes da federação. Especificamente para o Judiciário, o art. 93, IX, determina a publicidade dos julgamentos sob pena de nulidade para resguardar o interesse público à informação.

A promoção constitucional do amplo acesso à informação se manifesta, também, por meio da não incidência de tributo previsto no art. 155, II, nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e imagens de recepção livre e gratuita (art. 155, § 2º, X, *d*).

Manifestações constitutivas do patrimônio cultural brasileiro, tomadas individualmente ou em conjunto, também encontram expressa previsão constitucional. Nesta se incluem formas de expressão (art. 216, I).⁷⁹

A manifestação do pensamento ganha proeminência quando exteriorizada por meios técnicos aptos a atingir grande número de pessoas. A importância social dessa espécie de manifestação do pensamento levou o constituinte a inserir as suas principais disposições em capítulo próprio da Constituição (Capítulo V), no Título VIII da Constituição, destinado à Ordem Social⁸⁰.

Tem-se uma ampla proteção em capítulo destinado a direitos individuais e coletivos, assim como em capítulo sobre comunicação. Tutela-se o acesso à informação e também a sua exteriorização. Protege-se a manifestação pessoal, bem como a voltada para a massa indeterminável de destinatários. O emissor da mensagem pode se valer de palavras ou de manifestações simbólicas. Essas disposições traduzem a ampla proteção existente e descortinam a densidade da liberdade de pensamento no ordenamento jurídico brasileiro.

A precisa interpretação das disposições constitucionais, adequada à necessidade social contemporânea, deve ser capaz de assegurar a livre manifestação tanto dos grupos majoritários quanto de minorias vulneráveis; proporcionar o acesso a informações de interesse pessoal, assim como de valor coletivo; promover meios de fiscalização do poder público; favorecer o contraditório informativo; impedir ou dificultar a criação de obstáculos ao acesso do cidadão a dados, seja em órgãos públicos ou decorrentes da censura interna.

Ao mesmo tempo, a livre manifestação do pensamento não pode ser subterfúgio para a violação dos direitos à honra, à imagem, à vida privada, à intimidade. Isso é especialmente

⁷⁹ O texto constitucional apresenta diversas referências de modo a não se esgotar a discussão sobre manifestação de pensamento e suas limitações a essas disposições. A proteção à criança, ao adolescente e ao jovem expressa no art. 227, por exemplo, foi o centro do debate sobre limitação de propaganda dirigida a este público após a Resolução n. 163/2014, de 13 de março de 2014, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

⁸⁰ Acerca das consequências jurídicas da inserção da vedação de monopólios e oligopólios na Ordem Social, remete-se o leitor à seção 3.1 do presente trabalho.

significativo nos dias de hoje, quando a crescente facilidade de acesso a recursos tecnológicos cada vez mais baratos tem sido acompanhada de incontáveis violações a direitos da pessoa difundidos com facilidade.

A variedade de situações possíveis desafia classificações que pretendam simplificar exageradamente a matéria, especialmente quando se tem em mente o mesmo tratamento jurídico a casos classificados na mesma espécie. Tal prática conduz ao problema prático de se considerar a expressão de um indivíduo com pequeno impacto na região onde reside ou mesmo em outra região por meio de página de *internet* pouco acessada do mesmo modo que a expressão de um grande grupo empresarial, com enorme poder de pressão sobre outras pessoas.

Sem prejuízo da ampla proteção à liberdade assegurada pela Constituição de 1988, a tutela de outros bens juridicamente tutelados conduz à necessidade de se distinguir no âmbito de uma categoria mais ampla, que no presente trabalho é a liberdade de pensamento, situações diferenciadas.

A interpretação do conjunto de disposições constitucionais permite a identificação da proteção à livre expressão no plano individual (v.g. art. 5º, IV) e coletiva (v.g., art. 216, I). A liberdade de informação também pode ser individual (v.g. art. 5º, LXXII) e coletiva (v.g., art. 5º, XXXIII).

Por outro lado, a liberdade de comunicação, tem uma especificidade. Ela demanda uma estrutura empresarial e apenas para a sua disciplina se destina uma disposição específica sobre vedação de monopólios e oligopólios (v.g., art. 220, § 5º, e art. 221).

Tem-se, pois, na ordem constitucional brasileira vigente, substrato doutrinários e normativos para a classificação utilizada no presente trabalho: liberdade de pensamento como gênero e as liberdades de expressão, informação e comunicação como espécies daquela. A isso deve se ressaltar mais uma vez a existência de dimensão individual e coletiva tanto na liberdade de expressão quanto na de informação.

Essa diferenciação servirá como ponto de partida para o reconhecimento de prevalência *prima facie* distinta, em um caso e no outro, quando em colisão com outros direitos fundamentais.

3 CONCENTRAÇÃO DA PROPRIEDADE DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição veda a existência de monopólios ou oligopólios, direta ou indiretamente, dos meios de comunicação social (art. 220, § 5º, da CF). Trata-se de vedação cujo sentido jurídico deve observar os fins de elevadíssima relevância social, que, acredita-se, já tenham sido parcialmente evidenciados neste trabalho.

Essa proibição constitucional não se restringe ao aspecto econômico, de participação no mercado. Como demonstra o presente capítulo, cumpre extrair um sentido da inserção do dispositivo no âmbito da Ordem Social.

A vedação estabelecida constitui um obstáculo ao exercício abusivo do poder, tanto *econômico*, verificado diante da interferência em mercados atinentes aos meios de comunicação social, quanto do *poder ideológico*, manifestado na interdição do acesso do público à informação socialmente relevante, assim como pela hiperexposição de um único ponto de vista.

Isto posto, a presente seção será desenvolvida a partir do exame das consequências jurídicas que se pode inferir da disposição, particularmente de sua localização no texto constitucional⁸¹. Em seguida, após a distinção conceitual dos poderes econômico e ideológico⁸², serão destinadas seções do trabalho tanto à vedação do controle econômico⁸³ dos meios de comunicação quando do seu controle ideológico⁸⁴. Em um caso ou em outro, a concentração da propriedade dos meios de comunicação facilita a prática abusiva contrária ao interesse do público receptor das mensagens transmitidas pelos diversos meios de comunicação social.

3.1 A INSERÇÃO DO ART. 220, § 5º, DA CF NA ORDEM SOCIAL E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Como reiteradamente afirmado ao longo do texto, o art. 220, §5º, da CF explicitamente veda monopólios e oligopólios no âmbito da comunicação social⁸⁵. Inicialmente, deve-se notar que o dispositivo está relacionado à dimensão institucional da liberdade do pensamento⁸⁶, especificamente à *liberdade de comunicação*, marcada pela organização empresarial, pela pluralidade de destinatários, pelo princípio da máxima difusão e

⁸¹ Seção 3.1.

⁸² Seção 3.2.

⁸³ Seção 3.3.

⁸⁴ Seção 3.4.

⁸⁵ Acerca dos conceitos de *monopólio* e *oligopólio* se discorrerá na seção 3.3.

⁸⁶ Seções 2.1.2, 2.1.3 e 2.1.4.

pela utilização de meios técnicos adequados, conforme já examinado.

Além disso, é preciso observar a correlação reiteradamente feita entre a disposição constitucional e o aspecto econômico. Por meio de interpretação sistemática e teleológica verifica-se que esse ponto de vista não esgota as consequências inferíveis das normas constitucionais.

O uso do vocábulo “monopólio” é feito, basicamente, em duas oportunidades (seções/capítulos): na Ordem Econômica (com reflexo no art. 45 do Ato das Disposições Constitucionais transitórias) e na Ordem Social.⁸⁷

No capítulo da Ordem Econômica, o termo monopólio é utilizado no sentido de se reservar uma esfera de atividades à União (art. 177). No capítulo da Ordem Social, ao tratar da comunicação social, a Constituição não utiliza o termo *monopólio* com o mesmo sentido.⁸⁸

Primeiramente, seria desnecessário vedá-lo nesses termos ante a proteção da livre iniciativa e da liberdade de expressão: nem o particular nem o Estado pode, sob amparo normativo, explorar o setor de comunicação social brasileiro com exclusão da possibilidade de outros eventuais interessados. Nesse caso, conforme entendimento doutrinário sintetizado anteriormente, trata-se de um dispositivo que reitera o conteúdo já presente em outras disposições.⁸⁹

Em segundo lugar, o monopólio assegurado pela CF na Ordem Econômica se refere ao *monopólio direto*. O art. 220, §5º, da CF remete o leitor a atividades que, pela via oblíqua, indiretamente, caracterizam o monopólio no âmbito da comunicação social.

O *monopólio indireto* não é resultante de norma constitucional ou legal. Cuida-se de fato completamente estranho à ordem jurídica brasileira (se é que existe em algum lugar do mundo) uma concessão de monopólio *indireto*. Diferentemente do monopólio previsto no art. 177, no caso do art. 220, §5º, tem-se uma prática empresarial que inviabiliza a atuação de outros agentes econômicos.

Tanto no caso do monopólio quanto no do oligopólio (estrutura intermediária entre a concorrência perfeita e o monopólio)⁹⁰, deve-se observar a existência de atos caracterizadores

⁸⁷ O art. 21, XXIII, da CF, ao dispor sobre competências, trata do monopólio estatal relativo a minérios nucleares e seus derivados.

⁸⁸ SABINO, Pedro Augusto Lopes. Direito concorrencial e a vedação de monopólios e oligopólios na comunicação social brasileira. In: SOUZA, Wilson Alves de; SABINO, Pedro Augusto Lopes (coord.). **Processo e efetividade dos direitos**. Salvador: Dois de Julho, 2017b, p. 277-297.

⁸⁹ GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, p. 15-20. O entendimento deste autor foi examinado na seção 2.2.

⁹⁰ VIEGAS, Cláudia Assunção dos Santos; ALMEIDA, Silvia Fagá de. Economia da concorrência: estruturas de mercado. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). **Direito Econômico Concorrencial**. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

de infrações à ordem econômica. Por meio destes, restringe-se os ofertantes quando comparado a uma situação de concorrência.

O termo monopólio dos meios de comunicação não se refere às concessões ⁹¹, que asseguram uma exploração com exclusividade dentro dos limites do ato de delegação. Os termos monopólio e oligopólio insertos no art. 220 não parecem os mais adequados. Efetivamente, tem-se mais uma modalidade de controle do poder na ordem jurídica brasileira, que se integra à separação de poderes, à forma federativa de Estado e a tantos outros mecanismos de controle jurídico do poder. ⁹²

Enquanto os princípios federativo e da separação de poderes oferecem parâmetros de controle do poder político, o art. 220, §5º, da CF oferece uma referência normativa básica para o controle dos poderes econômico e ideológico ⁹³. O abuso do poder no setor de comunicação afeta a sociedade, imediatamente, nesses dois campos, sem prejuízo de reflexos também no campo político que têm sido denominados de *coronelismo eletrônico*.

A constatação do controle do abuso do poder econômico não apresenta grande dificuldade. O art. 170 explicita diversas normas principiológicas a serem observadas pela ordem econômica, assim como o seu fim: garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. No art. 173, § 4º, consta a previsão de lei destinada a reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

No art. 14, § 9º, ao se dispor a respeito de inelegibilidade, tem-se expressa referência à influência do poder econômico e ao correlativo risco para a probidade administrativa, para a moralidade no exercício de mandato, bem como para a normalidade e legitimidade das eleições. A prova do abuso do poder econômico enseja a impugnação do mandato eletivo (art. 14, § 10).

Para o alcance dos princípios políticos traçados pelos constituintes, a limitação do poder econômico encontra justificção constitucional no princípio da justiça social. Acerca desta norma, Vidal Serrano Nunes Júnior afirma que por ele a Constituição modula a intervenção do Estado em matéria econômica para a proteção dos denominados vulneráveis.

⁹¹ Acerca das *concessões* se discorrerá na seção 3.3.3.

⁹² Pedro Carlos Barcelas de Vasconcelos assevera que a civilização industrial e, depois, a era eletrônica teriam transformado o poder em algo mais vago e difuso, delineando uma nova dimensão da violência. Afirma também que a delimitação de competências e vinculação a funções, inerente à teórica separação de poderes, materializa, no próprio conceito de Estado, um *princípio de controle* (VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **Teoria geral do controle jurídico do poder público**. Lisboa: Cosmos, 1996, p. 15-17). Este princípio de controle não tem razão para não ser aplicado aos meios de comunicação social, haja vista o poder que possuem e os novos modos de expressão da violência por meio deles.

⁹³ Acerca da distinção entre poderes político, econômico e ideológico, leia-se a seção 3.2.

Dispensando-se a intervenção estatal feita por todos os seus Poderes, situações de grande desequilíbrio em desfavor de pessoas economicamente débeis não encontrariam limitações ⁹⁴. A livre iniciativa amparada constitucionalmente deve ser orientada para a promoção da justiça social, que rege tanto a ordem econômica (art. 170) quanto a ordem social (art. 193) da Constituição.

O controle do abuso ideológico – que em nada se confunde com censura – não se apresenta com a mesma clareza. Todavia, das disposições constitucionais é possível deduzi-lo.

O entendimento da vedação constitucional de modo a torná-la efetiva passa pelo exame de seu vínculo com a garantia da ordem social. O fato de estar inserida no capítulo correspondente à Comunicação Social no título da CF dedicado à Ordem Social não deve ser destituído de sentido. Deve-se, diversamente, afirmar a relação entre o ponto de vista econômico de quem atua no setor com o prisma social do público, de modo a ser promovida a efetividade do bem-estar e da justiça sociais (art. 193).

Vidal Serrano Nunes Júnior destaca que o princípio da justiça social faz com que a livre iniciativa (art. 170, *caput*, da CF) surja como um tipo de *liberdade-função* ⁹⁵, que objetiva propiciar outros princípios. Ao primeiro artigo do título da Ordem Social deve ser aplicado o mesmo raciocínio. Por conseguinte, a ideia de cumprimento de uma função adere à comunicação social brasileira.

Evidentemente, por força de outras normas constitucionais, uma submissão à Ordem Social não significa controle do conteúdo ⁹⁶. Trata-se do entendimento teleológico de norma que dispõe sobre a liberdade de comunicação: a comunicação social deve promover o bem-estar e a justiça sociais. Para tanto, deve ser organizada de modo a assegurar a máxima efetividade do acesso à informação dos cidadãos.

A inserção do disposto no art. 220, §5º, da CF no capítulo correspondente à Ordem Social põe em evidência a ideia de função social a reger a propriedade dos meios de comunicação, interpretada em conjunto com o art. 5º, XXIII, art. 170, III e art. 193.

Willis Santiago Guerra Filho, ao discorrer sobre a terminologia *geração* ou *dimensão*

⁹⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 115-117.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 115.

⁹⁶ Sem prejuízo de não se controlar o conteúdo, Cass R. Sunstein, ao discorrer sobre tipos de regulação, destaca regulações dissociadas do conteúdo (v.g., proibição de usos de alto-falantes em determinada faixa de horário), mas também baseadas no conteúdo sem discriminação de um específico (por exemplo, proibição de propagandas comerciais em espaço livre para qualquer outro tipo de expressão). Este segundo caso seria baseada no conteúdo, mas neutra a respeito da opinião do emissor da mensagem (SUNSTEIN, Cass R.. **Republic.com**: cittadini informati o consumatori di informazioni? Bologna: il Mulino, 2003, p. 174-177).

para se referir ao desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, destaca a *interdependência* dos direitos incorporados a uma ordem jurídica:

Que ao invés de “gerações” é melhor se falar em “*dimensões de direitos fundamentais*”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, **assumem uma outra dimensão, pois os direitos da geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los**⁹⁷

O direito individual de propriedade, em uma ordem jurídica na qual os direitos fundamentais de segunda dimensão já estão juridicamente reconhecidos, deve ser compreendido associado à ideia de função social⁹⁸. No caso brasileiro, a Comunicação Social inserida na ordem social incorpora conteúdo à sua interpretação não exclusivamente econômico e demanda o redimensionamento da liberdade correlata.

Tendo em vista o disposto no art. 193, as normas de regência da atuação das empresas que exploram o setor de comunicação devem ser interpretadas com o escopo de efetivar o bem-estar da coletividade e, por conseguinte, promover a sua dignidade. Nesse sentido, deve ser examinada a vedação de monopólios e oligopólios (art. 220, §5º) como *proibição de qualquer espécie de controle ou participação excessiva, seja econômico*⁹⁹ *ou ideológico*¹⁰⁰, no setor de comunicação.

3.2 DEFINIÇÃO DE PODERES ECONÔMICO E IDEOLÓGICO

O art. 220, §5º, da CF corresponde a mais um meio constitucional de controle do poder. Para a compreensão mais precisa de diferentes espécies de controle jurídico, torna-se necessária uma definição de *poder econômico* e de *poder ideológico*. No presente trabalho, para distinção entre vedação de controle econômico e controle ideológico dos meios de comunicação será adotada a diferenciação feita por Norberto Bobbio ao discorrer acerca de *política*.¹⁰¹

⁹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 39 (grifos nossos).

⁹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 39.

⁹⁹ Seção 3.3.

¹⁰⁰ Seção 3.4.

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. Política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Il dizionario di política**. 10. reimpressão. Turim: UTET Librerie, 2012, p. 710-717.

Norberto Bobbio discorre a respeito de classificações clássicas e modernas de poder e evidencia como estas se aproximam da classificação das diferentes modalidades adotada no presente trabalho (político, econômico e ideológico).

Classicamente, o poder seria visto como o conjunto de meios para a obtenção de alguma vantagem, meios aptos a alcançar desejos em detrimento da vontade alheia ¹⁰². Relacionando-se com o predomínio de uma vontade sobre outra, o seu exercício é marcado pela *intersubjetividade*, apenas se manifestando nos relacionamentos com outras pessoas. O modo de exercitar o domínio sobre as demais pessoas não de uma única maneira. Disso decorre a classificação das formas de poder sintetizada por Norberto Bobbio.

Partindo de síntese de classificações tradicionais do poder, Bobbio analisa a tipologia moderna baseada nos *meios de que se serve o sujeito ativo para determinar o comportamento do sujeito passivo* ¹⁰³. Baseando-se neste critério, podem ser identificadas três espécies de poder: o econômico, o ideológico e o político.

Sob o prisma do *poder econômico*, o fator primordial para a subordinação da vontade alheia é o domínio de bens indispensáveis aos seres humanos ou tidos como tais. O acesso a esses bens é condicionado à prática de uma conduta (normalmente, o trabalho). Ao poder econômico se associa a organização das forças produtivas. ¹⁰⁴

A segunda espécie é o *poder ideológico* ¹⁰⁵. Este é baseado na dominação doutrinária exercida pelo detentor do poder. A partir da difusão de uma perspectiva do mundo como a correta, a todos cabe a sua observância. Ele é um poder baseado na influência exercida pelas ideias que difunde sobre os destinatários da mensagem. Ao poder ideológico se relaciona a organização do consenso. ¹⁰⁶

¹⁰² “Il potere è stato definito tradizionalmente come «consistente nei mezzi per ottenere un qualche vantaggio» (Hobbes) o analogamente come «l’insieme dei mezzi che permettono di conseguire gli effetti voluti» (Russell). [...], il potere viene definito talora come un rapporto fra due soggetti di cui uno impone all’altro la propria volontà e ne determina suo malgrado il comportamento” (BOBBIO, Norberto. *Política*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Il dizionario di política**. 10. reimpressão. Turim: UTET Librerie, 2012, p. 710).

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *Política*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Il dizionario di política**. 10. reimpressão. Turim: UTET Librerie, 2012, p. 711.

¹⁰⁴ “Il primo è quello che si vale del possesso di certi beni, necessari o ritenuti tali, in una situazione di scarsità, per indurre coloro che non li posseggono a tenere una certa condotta, consistente principalmente nell’esecuzione di un certo tipo di lavoro” (BOBBIO, Norberto. *Política*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Il dizionario di política**. 10. reimpressão. Turim: UTET Librerie, 2012, p. 711-712).

¹⁰⁵ Uma síntese das reflexões de Norberto Bobbio sobre poder ideológico e, especificamente, o papel dos intelectuais pode ser encontrada em: BOTELHO, André. O poder ideológico: Bobbio e os intelectuais. In: **Lua nova**, n. 62, 2004, p. 93-111.

¹⁰⁶ “Il potere ideologico si fonda sulla influenza che le idee formulate in un certo modo, emesse in certe circostanze, da una persona investita da una certa autorità, diffuse con certe procedure, hanno sulla condotta dei consociati” (BOBBIO, Norberto. *Política*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Il dizionario di política**. 10. reimpressão. Turim: UTET Librerie, 2012, p. 711-712).

O poder ideológico é exercido sobre “as mentes pela produção e transmissão de ideias, de símbolos, de visões do mundo, de ensinamentos práticos, mediante o uso da palavra”. Norberto Bobbio destaca que a função dos detentores do poder ideológico muda de sociedade para sociedade, muda a depender da época e das relações com os demais poderes. Ele pode ser controlado por uma casta ou ser difundido por diversos centros de irradiação. Nas sociedades democráticas modernas, este poder estaria fragmentado e seria exercido em diversas direções, mesmo contrastantes entre si.¹⁰⁷

O exercício do poder ideológico em uma sociedade é dinâmico. Fechado “um canal através do qual passava um fluxo do poder ideológico, abre-se imediatamente um outro”. Atualmente, os meios de manifestação desse poder teriam se expandido, sobretudo por meio da expressão de ideias por palavras e, cada vez mais, por imagens.¹⁰⁸

Norberto Bobbio atenta para o fato de existir enorme diferença, no que concerne ao poder de difusão da palavra, “entre uma sociedade em que o poder ideológico se exprime principalmente por um sermão na igreja ou por um comício na praça e uma sociedade em que a cada dia saem centenas de jornais, [...] e em que a todo instante se pode ligar o rádio ou a televisão e ouvir alguém que procura, pelo discurso, influenciar o comportamento de quem lê ou escuta, para induzi-lo a agir mais de um modo que de outro”¹⁰⁹. A facilidade proporcionada pelos meios técnicos disponíveis na atualidade conduz ou deveria conduzir, na visão de Bobbio, ao aumento sobre a *responsabilidade*.

Além da responsabilidade, os meios técnicos hoje existente para a transmissão do pensamento impõem a reflexão que está no cerne do presente trabalho, que são limites ao exercício do poder. Nesse sentido, mas sem um detalhamento de quais limites seriam aplicáveis, leia-se a seguinte passagem de Bobbio:

...quanto à ideologia, a religião do século XX, jamais se refletirá o suficiente sobre o fato de que **atravessamos uma época histórica na qual povos inteiros são guiados por uma doutrina dominante**, como ocorre nos países em que o poder político tira força do consenso do uso monopolista do poder ideológico. [...]. Trata-se de se dar conta de que o poder da inteligência humana é hoje enorme, e precisamente por isso, como todas as demais

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Os intelectuais e o poder**: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 11.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Os intelectuais e o poder**: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 12.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Os intelectuais e o poder**: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 12.

formas de poder, pode produzir, **se não estiver controlado e limitado, efeitos perversos.**¹¹⁰

No mesmo sentido da necessidade de mecanismos de defesa contra qualquer exercício abusivo do poder, tem-se o trabalho de Fábio Konder Comparato. Antes da Constituição de 1988, ele enfatizou a necessidade de uma percepção negativa do controle dos meios de comunicação. De acordo com o autor, os pensadores do liberalismo perceberam o fato de ser o jornal o primeiro grande veículo moderno de organização do espaço público, disso decorrendo a importância atribuída à liberdade de imprensa. Ao lado de sua defesa, teriam deixado de compreender o fato de a imprensa ser também um poder.

A falta de identificação do poder exercido pela imprensa em toda a sua magnitude teria importado na ausência de um combate à sua apropriação semelhante ao verificado em relação ao poder político dos monarcas. Essa falha teria permitido que os meios de comunicação de massa se transformassem em veículos de dominação explorados amplamente. Em virtude disso, assevera Fábio Konder Comparato, o poder da informação foi desviado de seu objetivo público.¹¹¹

“A linguagem ideológica recobre a realidade com um manto opaco de palavras de sentido unilateral”¹¹². O uso da linguagem qualificando ou desqualificando ações e propostas pode servir à qualificação do governante ou à desqualificação da oposição. Radicalismo, desordem, conspiração, desestabilização e terrorismo¹¹³, por exemplo, de modo recorrente servem à desqualificação das manifestações de opositores.

No caso brasileiro, a Constituição fornece um parâmetro relevante para o controle dessa espécie de poder e será objeto de exame posterior. Reiteradamente, em claro prejuízo do público, a divergência legítima quanto às prioridades é qualificada como não percepção do problema ou mesmo defesa de interesse privado. Tudo isso quando, não raro, o próprio interesse econômico do veículo de comunicação está em jogo.¹¹⁴

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Os intelectuais e o poder**: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 96, grifos nossos.

¹¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. Tocando no ponto nevrálgico: a democratização da informação e da comunicação social. *In: Revista da Universidade de São Paulo*, São Paulo, p. 50-51, jul./set. 1987. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rusp/article/view/132503/128622>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

¹¹² COMPARATO, Fábio Konder. Tocando no ponto nevrálgico: a democratização da informação e da comunicação social. *In: Revista da Universidade de São Paulo*, São Paulo, p. 52, jul./set. 1987. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rusp/article/view/132503/128622>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

¹¹³ Anthony Lewis informa que, nos Estados Unidos, no século XVIII, já se usava essa terminologia. Na época, as ações dos jacobinos franceses eram o alvo da qualificação como terrorismo (LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 27-28).

¹¹⁴ Acerca da concentração econômica multissetorial, quando um grupo empresarial do setor de comunicação

Por fim, tem-se o *poder político*. Este é a espécie de poder baseada no uso da coação¹¹⁵. O poder político arrima-se na possibilidade de uso da força física como meio de sobrepujar os destinatários de sua vontade. Ele se faz presente ainda quando o seu uso é uma mera possibilidade. Ao poder político concerne a organização da coação.

Para os fins do presente trabalho, o exercício do poder político e os mecanismos jurídicos de controle não serão examinados. O desenvolvimento se concentrará no exame do art. 220, §5º, da Constituição como norma impositiva de controle sobre o exercício dos poderes econômico e ideológicos por meio de meios de comunicação social.¹¹⁶

O controle de elevado percentual da propriedade dos meios de comunicação social no Brasil, sejam eles regidos pelo regime antitruste ou pelo regime administrativo das concessões diz respeito ao exercício do poder econômico, afetando diretamente o cidadão enquanto consumidor. Por outro lado, mecanismos de controle do elevado percentual conteúdo produzido e difundido por meios de comunicação social relaciona-se ao poder ideológico e atinge o cidadão enquanto sujeito ativo na vida política do seu país.¹¹⁷

As duas perspectivas de observação se relacionam estreitamente, mas não se sobrepõem. Tomando-se o exemplo da radiodifusão, considerando a limitação do espectro

desenvolve atividades em outros setores da economia e possui interesse direto na cobertura jornalística ou na falta de qualquer divulgação dos fatos, se discorrerá na seção 3.3.2.

¹¹⁵ “Il potere politico infine si fonda sul possesso degli strumenti attraverso i quali si esercita la forza fisica (le armi di ogni specie e grado): è il potere coattivo nel senso più stretto della parola” (BOBBIO, Norberto. *Política*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Il dizionario di política**. 10. reimpressão. Turim: UTET Librerie, 2012, p. 711).

¹¹⁶ Ao se dividir as formas de concentração em duas, este trabalho se aproxima da tese defendida por André de Godoy Fernandes. Sucede que este autor divide a concentração em econômica e política e não há coincidência entre esta e o controle ideológico do presente trabalho.

A concentração política em André de Godoy Fernandes está relacionada a vinculação entre controle dos meios de comunicação e exercício de poder político (FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação**. [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019). Essa ideia se aproxima e incorpora a crítica ao que tem sido denominado *coronelismo eletrônico* brasileiro.

Para o presente trabalho, a ideia de controle ideológico independe de existir ou não subordinação a interesses políticos pessoais ou de grupos. Ainda que o veículo seja movido por nobres e elevados propósitos, ainda que não haja o escopo de domínio político, a concentração é considerada prejudicial. Por essa perspectiva se desenvolve a seção sobre controle do poder ideológico (seção 3.4).

¹¹⁷ Juliano Domingues-da-Silva, Jorge Zaverucha, Dalson Figueiredo Filho e Enivaldo Carvalho da Rocha, por meio de métodos estatísticos, realizaram estudo empírico com o propósito de verificar a existência de correlação negativa entre concentração da propriedade de meios de comunicação e índice de democracia. De acordo com a conclusão do trabalho, quanto menos influência econômica sobre os meios de comunicação, mais democrático o país. Além disso, concluiu que quanto menor a influência econômica sobre a mídia, maior o pluralismo político e a participação. Testados os desmembramentos da hipótese, os autores concluem que “países mais democráticos seriam, também, mais propensos a apresentar menor concentração de propriedade dos meios de comunicação” (DOMINGUES-DA-SILVA, Juliano; ZAVERUCHA, Jorge; FIGUEIREDO FILHO, Dalson; ROCHA, Enivaldo Carvalho da. *Mais concentração de propriedade de Mídia, menos democracia? Testando possibilidades de associação entre variáveis*. In: **Intercom - RBCC**, [S.l.], vol. 38, n. 1, p. 65-84, jan./jun. 2015).

eletromagnético, é possível se pensar na situação de controle de várias faixas por meio de várias concessões diferentes, bem como é possível vislumbrar a existência de vários concessionários com a audiência e produção de conteúdo concentrada em um único deles. Vê-se, pois, a existência de dois aspectos distintos mas indissociáveis da análise da limitação do art. 220, §5º, da CF. Ao exame dessas distinções serão dedicadas as seções seguintes.

3.3 VEDAÇÃO DO CONTROLE ECONÔMICO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

A Constituição de 1988, em disposições diversas, sinaliza a necessidade de controle sobre o abuso do poder econômico e o art. 220, § 5º, é consectário natural dessa opção do constituinte. Diferentes normas constitucionais convergem para a sua adequada inteligência e reciprocamente se dimensionam.

A função social da propriedade está explicitamente prevista entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXIII), bem como entre os princípios específicos da ordem econômica (art. 170, III). A subordinação a essas normas afeta, também, o Estado quando explora atividade econômica (art. 173, § 1º, I), assim como a propriedade urbana (art. 182, § 2º) ou rural (art. 184).

As principais normas relativas aos meios de comunicação estão inseridas no Título VIII da CF, dedicado à ordem social. Mesmo não constando explicitamente o princípio da função social da propriedade nos artigos que compõem essa parte do texto constitucional, é inegável a sua incidência nesse campo também sobre a propriedade dos meios de comunicação.

No campo dos conceitos jurídicos indeterminados, ainda que nuances se apresentem concretamente, há um conteúdo mínimo que se impõe mesmo em um exame abstrato de uma norma. Não se pode pensar em bem-estar, objetivo da ordem social (art. 193), sem a garantia de condições mínimas para a efetividade do direito à liberdade do cidadão.

A função social dos meios de comunicação é norma implícita no ordenamento jurídico. Trata-se de um vetor axiológico do qual não se pode esquivar sob pena de esvaziamento do sentido do objetivo expresso da ordem social. A livre circulação de informações é condição necessária para o exercício da liberdade e orienta a teleologia da comunicação social na Constituição.

Se é certo que a propriedade dos meios de comunicação social não pode ser observada sem atenção aos fins sociais que a orientam por força da Constituição, dada a

permanente evolução tecnológica, a discussão acerca dos meios de se promover a repressão contra abusos é retomada e renovada continuamente. Como exercer um controle sobre o abuso no exercício do direito de propriedade de modo a assegurar a efetividade de sua função?

O art. 170, V e VI, fornece princípios de regência da ordem econômica fundamentais ao controle do exercício abusivo do poder econômico: *livre da concorrência e defesa do consumidor*. Tais normas, em virtude dos parâmetros que fornecem ao exercício do poder econômico, apresentam inexorável reflexo na efetividade da ordem social. Tanto a supressão de concorrência quanto de normas de tutela do consumidor afetarão o bem-estar dos destinatários dos serviços comunicacionais. Cumpre refletir, pois, a respeito do modo de se garantir as condições favoráveis aos cidadãos proporcionadas por esses princípios.

Uma primeira dificuldade no campo da comunicação social se deve ao fato de os meios de comunicação não se submeterem a um único regime jurídico. Já se teve oportunidade de destacar obstáculos derivados desse fato em outra oportunidade ¹¹⁸. Com efeito, no caso de rádio ou televisão, tem-se um regime administrativo de concessão que, essencialmente, assegura um monopólio ao concessionário dentro dos limites do ato de delegação. Por outro lado, no caso de jornais, revistas, TV via cabo, tem-se um regime de concorrência no qual já se trabalha com conceitos significativamente distintos.

Se a vedação constitucional expressa por meio do art. 220, § 5º, for compreendida com o olhar voltado exclusivamente à participação em um dos mercados acima mencionados, tem-se a clara subversão da teleologia constitucional. A Constituição não limitou a vedação a um segmento do mercado. Efetivamente, deve-se atentar para a participação abusiva em um mercado específico (por exemplo, televisão), assim como para o percentual elevado em vários mercados simultaneamente. ¹¹⁹

Dito isso, para compreensão da amplitude da vedação constitucional no que concerne ao controle do poder econômico dos meios de comunicação e da sua importância para a realização dos objetivos do art. 193 (bem-estar e justiça sociais), revelam-se necessárias considerações acerca da concorrência como um direito fundamental do cidadão. Para a identificação das distintas esferas de controle, serão examinadas formas de concentração

¹¹⁸ SABINO, Pedro Augusto Lopes. Direito concorrencial e a vedação de monopólios e oligopólios na comunicação social brasileira. In: SOUZA, Wilson Alves de; SABINO, Pedro Augusto Lopes (coord.). **Processo e efetividade dos direitos**. Salvador: Dois de Julho, 2017b, p. 277-297.

¹¹⁹ O problema da participação relevante simultânea em vários mercados, ainda que não haja uma ação especificamente destinada a impedir o ingresso de novos participantes no mercado, deve ser retomada na seção 3.4 do presente trabalho, ao se discorrer sobre abuso do poder ideológico dos meios de comunicação social.

econômica dos meios de comunicação. Em seguida, cumpre discorrer a respeito dos dois regimes jurídicos: antitruste e administrativo. Por fim, impõe-se o exame de outra situação: a de grupos empresariais que participam, simultaneamente, tanto de mercados submetidos ao regime antitruste quanto ao regime das concessões.

3.3.1 Direito fundamental à concorrência

Em trabalho recentemente publicado por Andressa Schneider, defendeu-se a tese do direito fundamental à concorrência ¹²⁰. Esse entendimento servirá de base para algumas considerações a seguir desenvolvidas.

Saliente-se que a tese de Andressa Schneider se concentrou no aspecto econômico. Todavia, a ideia de concorrência transcende o aspecto econômico e serve, também, de subsídio para exame da concorrência de fontes de informação. Com efeito, deve ser entendida como um mecanismo de divisão do poder, seja econômico, político ou ideológico.

Nessa obra, enfatizando para o duplo objetivo protetivo do sistema de concorrência (defesa do elemento objetivo – consumidores e concorrentes – e do elemento objetivo – a própria concorrência), defende-se o reconhecimento de um direito fundamental à concorrência, derivado do direito fundamental da defesa do consumidor e da dignidade da pessoa humana, em sua dimensão econômica. ¹²¹

O trabalho da supracitada autora foi motivado, entre outras razões, pelas inovações insertas no ordenamento jurídico pela Lei n. 12.529/2011, destinada a prevenir e reprimir infrações à ordem econômica, e por subseqüentes iniciativas voltadas à conciliação dos Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Essa norma seria caracterizada por apresentar pluralidade de interesses e por ter entre os seus objetivos a implementação da livre concorrência e da defesa do consumidor ¹²²

¹²⁰ SCHNEIDER, Andressa C. **Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência**: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/dezembro/novo-volume-da-serie-monografias-e-publicado-pelo-cej>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

¹²¹ SCHNEIDER, Andressa C. **Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência**: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 329-330. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/dezembro/novo-volume-da-serie-monografias-e-publicado-pelo-cej>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

¹²² SCHNEIDER, Andressa C. **Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência**: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Brasília:

Assevera a autora o fato de a defesa do consumidor não se limitar à relação jurídica de consumo no plano vertical, em que há um consumidor e um fornecedor. A defesa da relação jurídica concorrencial compreende igualmente um plano horizontal, entre fornecedor-concorrente e fornecedor-consumidor. Tendo-se em vista o bem-estar, a liberdade de escolha materializaria um benefício ao consumidor que não necessariamente se verificaria com o ganho de eficiência sem aspectos distributivos. Por isso, a proteção da concorrência estaria mais ajustada à proteção do consumidor do que a eficiência dos agentes.¹²³

Andressa Schneider informa que já se reconhece na literatura especializada três situações específicas de defesa direta do consumidor no âmbito das infrações à ordem econômica: indiretamente, pela proteção da concorrência (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 12.529/2011); diretamente, quando em jogo interesse próprio de autorização de atos de concentração (art. 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011); e, também diretamente, em virtude da presença de interesses e direitos seus relativos a prejuízos decorrentes de infração da ordem econômica (art. 47, da Lei n. 12.529/2011). Essa proteção no âmbito concorrencial é concomitante à do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.¹²⁴

A autora conclui sustentando que o direito fundamental à concorrência está estruturado na forma de princípio que integra o sistema jurídico brasileiro. Trata-se de direito de caráter eminentemente finalístico, que não depende da previsão de condutas expressamente devidas à sua promoção e que deve, concretamente, ser aferida a sua observância.¹²⁵

O direito à concorrência preconizado por Andressa Schneider serve de fundamento à judicialização tanto na esfera estritamente econômica dos meios de comunicação quanto para a defesa do pluralismo informativo. Como afirmado pela autora, o direito à escolha está ínsito

Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 21-22; 85. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/dezembro/novo-volume-da-serie-monografias-e-publicado-pelo-cej>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

¹²³ SCHNEIDER, Andressa C. **Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência**: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 188-189. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/dezembro/novo-volume-da-serie-monografias-e-publicado-pelo-cej>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

¹²⁴ SCHNEIDER, Andressa C. **Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência**: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 259-260. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/dezembro/novo-volume-da-serie-monografias-e-publicado-pelo-cej>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

¹²⁵ SCHNEIDER, Andressa C. **Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência**: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 332. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/dezembro/novo-volume-da-serie-monografias-e-publicado-pelo-cej>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

na ideia de pluralismo ¹²⁶. Atentando-se a normas constitucionais, a tutela jurídica do público impõe a promoção da concorrência, que é prejudicada por diversas modalidades de atos de concentração a seguir examinados.

Outro aspecto importante da tese a ser destacado para este trabalho foi a percepção da estrutura de princípio para a direito fundamental à concorrência. Trata-se de desenvolvimento doutrinário importante para a superação de eventuais argumentos baseados na suposta caracterização de omissões constitucionais.

O art. 220, § 5º, da CF possui uma vedação expressa a monopólios e oligopólios, diretos ou indiretos, no âmbito da comunicação social e deve ser imediatamente aplicado. Caso não oferecida pelo ordenamento regra que reduza o ônus argumentativo imposto ao intérprete, concretamente, o princípio da concorrência deve ser observado.

A concretização ótima desse princípio, no setor de comunicação social, deve atentar para as diversas formas de concentração do poder econômico. Desse modo, a proteção da concorrência deflagrará consequências específicas de acordo com a modalidade de concentração.

3.3.2 Concentração das estruturas econômicas no setor de comunicação social

Ao discorrer a respeito da concentração do poder econômico no setor de comunicação social brasileiro, André de Godoy Fernandes identifica quatro formas de concentração existentes na mídia brasileira: concentração horizontal, concentração vertical, conglomerados e concentração multimídia (ou propriedade cruzada dos veículos ou *cross-media ownership*). Para o desenvolvimento da presente seção, serão adotadas as distinções conceituais feitas pelo autor. ¹²⁷

As distinções a seguir exposta decompõe as diversas possibilidades de concentração do poder econômico no setor da comunicação social que vão de encontro à vedação constitucional do art. 220, § 5º, da CF. Seja no plano executivo, legislativo ou judiciário, o exame da vedação constitucional do controle do poder econômico deve atentar para os

¹²⁶ SCHNEIDER, Andressa C. **Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência**: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 289. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/dezembro/novo-volume-da-serie-monografias-e-publicado-pelo-cej>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

¹²⁷ FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil**: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 57-74. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

diversos aspectos a seguir.

A concentração vertical é caracterizada pelo controle por pessoas ou empresas “situadas em diferentes níveis da cadeia de produção de um determinado produto ou serviço”¹²⁸. A cadeia de produção é decomposta, por exemplo, em *produção de conteúdo*, *empacotamento (edição)* ou *programação e distribuição*.

Conforme o veículo de comunicação, podem existir diferenças, mas a concentração será verificada por meio de organização que atua nas diversas fases. O efeito prático produzido é o obstáculo ao produtor independente, indo de encontro ao disposto no art. 221, II, da Constituição.

Alexandre Sankievicz informa que na maioria das televisões brasileiras, mais de 90% (noventa por cento) do conteúdo é produzido internamente¹²⁹. Esse dado exemplifica a enorme dificuldade ao produtor independente ter acesso aos meios e é indicativo do correlato reflexo da concentração vertical sobre o pluralismo.

A concentração horizontal ocorre por meio de “empresas ou entidades situadas na mesma posição na cadeia produtiva. Em outras palavras, é a concentração entre concorrentes”¹³⁰. Tem-se a concentração horizontal quando o número de concorrentes em um setor é reduzido ou mesmo quando existe um número significativo, mas o mercado é dominado por número reduzido de empresas.

Para ilustrar o quadro de concentração horizontal existente no Brasil, André de Godoy Fernandes apresenta quadro demonstrativo da audiência média sendo 99% (noventa e nove por cento) concentrada em seis redes de TV aberta. Entre essas, uma alcançava a média de 61% (sessenta e um por cento) da audiência no denominado horário nobre de 18h (dezoito horas) às 22h (vinte e duas horas).

O Decreto-lei n. 236, de 28.02.1967, fixou limites para concessões ou permissões destinadas à radiodifusão. Sucede que o § 2º do art. 12 do Decreto-lei exclui “as estações repetidoras e retransmissoras de televisão, pertencentes às estações geradoras”.

André de Godoy Fernandes destaca que, além dessa limitação, a capacidade de coibir

¹²⁸ FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil**: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 60-63. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

¹²⁹ SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151.

¹³⁰ FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil**: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 63-69. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

a concentração foi substancialmente reduzida em virtude do fato de o órgão fiscalizador (Ministério das Comunicações) entender que o limite “é aplicável a cada pessoa física e não a um determinado grupo empresarial ou família”. Com base nesse entendimento, grupos familiares conseguiram contornar os limites do Decreto-lei.¹³¹

Cumpra salientar outro aspecto apontado pelo autor: a falta de efetividade de limitação imposta por outra norma do setor. O Decreto n. 2.108/1996 alterou dispositivos do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão (decreto n. 52.795/63) e estabeleceu a impossibilidade de uma mesma entidade ou pessoa que a integra o seu quadro societário e diretivo ser contemplada com mais de uma outorga do mesmo tipo de serviço de radiodifusão na mesma localidade. André de Godoy Fernandes indica alguns casos reveladores de outorgas que não observaram essa limitação e importam na diminuição da capacidade de controle contra a concentração no setor.¹³²

Um mecanismo contribuiu para a concentração dos meios de comunicação no Brasil e, como afirmado por André de Godoy Fernandes, pode ser visto como um ato de concentração vertical ou horizontal de acordo com o ponto de vista: o *contrato de afiliação*. Por meio desse contrato, uma empresa geradora da programação (denominada “cabeça de rede”) fornece a outra, que explora localmente um veículo de comunicação – a empresa *afiliada* –, sua programação em troca da exploração de parcela do seu espaço publicitário nacional. A empresa afiliada explora o espaço publicitário regional e, normalmente, fica proibida de transmitir programas de outras empresas.¹³³

O contrato de afiliação pode ser um mecanismo de concentração horizontal por permitir que uma empresa, a “cabeça de rede”, controle, em certa medida, as atividades de outra que atua no mesmo mercado. O acordo também pode ser visto como um ato de concentração vertical por permitir que uma empresa, que já produz o conteúdo e a programação, tenha acesso à etapa de distribuição correspondente à área de atuação da afiliada. Nesse sentido, por meio de contratos de afiliação, seriam formados verdadeiros grupos

¹³¹ FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil**: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 65. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

¹³² FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil**: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 66. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

¹³³ FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil**: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 66-67. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

econômicos fundados em controle externo.¹³⁴⁻¹³⁵

A concentração multimídia, também denominada de *propriedade cruzada* ou *cross-ownership*, bem como *diagonal* ou *transversal*¹³⁶, ocorre quando uma pessoa ou empresa possui o controle de diferentes veículos de comunicação em um mesmo local¹³⁷. Nesse caso, uma mesma empresa pode ter controle, por exemplo, de jornais, televisão por assinatura, produtoras de conteúdo, internet, televisão aberta e revistas.

É possível verificar a propriedade cruzada tanto em empresas com atuação em todo o Brasil como em âmbito regional. André de Godoy Fernandes destaca, no plano nacional, as Organizações Globo, com significativa atuação em diversos setores, e no plano regional a RBS – Rede Brasil Sul. Diretamente ou por meio de contratos de afiliação, 6 (seis) redes privadas de televisão controlariam 296 (duzentos e noventa e seis) emissoras de televisão aberta e 372 (trezentos e noventa e dois) outros veículos de comunicação social do país.¹³⁸

Alexandre Sankievicz também destaca o caso das Organizações Globo (com TVs abertas, com o terceiro jornal em tiragem do Brasil, com a maior operador e distribuidora de TV a cabo, com importante distribuidora de cinema e dezenas de rádios FM e AM) e do Grupo RBS (com seis jornais, vinte e quatro emissoras de rádio AM e FM, vinte e um canais

¹³⁴ FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação.** [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 66-67. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

¹³⁵ André de Godoy Fernandes destaca que além das emissoras de radiodifusão, também não são observados os limites ao número de licenças para a exploração do serviço de MMDS (FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação.** [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 69. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019).

¹³⁶ Os termos *diagonal* e *transversal* para se referir à propriedade cruzada foi encontrado em Fábio Lúcio Koleski. Saliente-se o fato deste autor acrescentar um elemento não identificado em outros autores: a correlação ou complementaridade entre as atividades desenvolvidas. O autor afirmar que esse tipo de concentração ocorre “quando uma empresa passa a controlar atividades correlatas e complementares, mas que não se realizam dentro de um único mercado – é o que a literatura brasileira sobre concentração na comunicação costuma chamar de *propriedade cruzada*” (KOLESKI, Fábio Lúcio. **Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira.** [Dissertação de Mestrado] Brasília: Universidade de Brasília, 2010, p. 48. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/7608>>. Acesso em: 17 fev. 2019).

Fábio Lúcio Koleski destaca que além da economia, esse tipo de concentração permite outra vantagem: a capacidade de realização de *promoção cruzada* (*cross-promotion*). Por meio dessa prática, um veículo de comunicação promove outro do mesmo grupo.

¹³⁷ FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação.** [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 69-72. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

¹³⁸ FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação.** [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 72. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

de TV, um portal de internet, uma empresa de *marketing*, projeto na área e sociedade na operadora de TV a cabo). Além do exemplo da Globo e da RBA, Alexandre Sankiewicz destaca o fato de, no Maranhão, o mesmo grupo controlar o jornal de maior circulação, uma série de rádios AM e FM, bem como a TV afiliada da Rede Globo.¹³⁹

O autor destaca outro fato relevante: pesquisa realizada na década de 1990 por professores da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro verificou que, em 21 (vinte e um) dos 27 (vinte e sete) Estados brasileiros, “o jornal de maior circulação está ligado a um grupo a quem também pertence um canal de televisão”¹⁴⁰. Esse dado demonstra que o problema não é isolado, mas alastrado por todo o Brasil.

A concentração *multissetorial*, também chamada de formação de conglomerados ou integração complementar, é verificada quando uma pessoa, empresa ou grupo exerce atividades em setores econômicos distintos¹⁴¹⁻¹⁴². Tem-se o desenvolvimento de atividades na área de comunicação e em outro setor econômico. Verifica-se a diversificação de participações em variados mercados, com redução de riscos ao conglomerado resultantes de perdas em um setor específico.

André de Godoy Fernandes destaca o fato de não ser um fenômeno recente, mas que não tem recebido a importância devida a essa categoria residual de concentração econômica. No caso brasileiro, a legislação não imporia limites específicos à sua formação envolvendo atividades de comunicação social.¹⁴³⁻¹⁴⁴

¹³⁹ SANKIEWICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151.

¹⁴⁰ SANKIEWICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151.

¹⁴¹ FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação**. [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 72-74. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

¹⁴² Trata-se de modo de concentração nem sempre abordado. Veridiana Alimonte, aos abordar as principais estratégias de concentração dos meios de comunicação, aborda as concentrações horizontal, vertical e cruzada (ALIMONTI, Veridiana. **Entre mercadoria e democracia nas políticas para televisão no Brasil: lições e fundamentos para uma regulação democrática e convergente**. [Dissertação de Mestrado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 35-36; 139. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26022015-162337/pt-br.php>>. Acesso em: 17 fev. 2019).

Com fulcro no trabalho de André de Godoy Fernandes, Ana Paula Chudzinski Tavassi também adota essa distinção (TAVASSI, Ana Paula Chudzinski. Regulação da mídia e Direito da Concorrência no Brasil: a interface entre democracia e concorrência no mercado televisivo brasileiro. *In: Revista de Defesa da Concorrência*, [S.l.], vol. 3, n. 1, p. 206-232, mai. 2015. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/161/100>>. Acesso em: 15 fev. 2019.)

¹⁴³ FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação**. [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 73-74. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

A concentração multissetorial oferece grave risco ao acesso à informação pelo público. Uma vez verificada, o meio de comunicação, que deveria desempenhar, entre outras, função fiscalizadora, pode ter interesse direto na matéria objeto de cobertura. Basta pensar em um conglomerado que explora, por exemplo, títulos de capitalização. Como confiar na cobertura jornalística de relativa à mudança da legislação dessa atividade?

Em virtude da variedade de interesses envolvidos em um caso de concentração multissetorial, o conhecimento de determinada matéria pode nem mesmo receber o destaque devido na imprensa. A literatura no campo da Comunicação registra os casos de matérias envolvendo a imprensa que, não obstante a sua indiscutível importância, sequer foram objeto de divulgação.

Tendo em vista o entendimento de que o art. 220, § 5º, da Constituição serve de fundamento constitucional, referência normativa básica, para o desenvolvimento de mecanismos de controle dos poderes econômico e ideológico no âmbito da comunicação social, as diversas formas de concentração econômica expostas (horizontal, vertical, conglomerados e multimídia) integram um sistema de controle do poder.

3.3.3 Participação abusiva sob o regime antitruste

A proteção da concorrência no Brasil foi objeto de grande evolução nos últimos anos. Como afirmado anteriormente, a Lei n. 12.529/2011 modificou a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), revogou quase a totalidade da Lei n. 8.884/1994 – que disciplinava a defesa da ordem econômica anteriormente –, e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Nem todos os meios de comunicação dependem de uma atuação do Estado. No mercado de revistas, por exemplo, vale a livre iniciativa. Nesse ponto, por si só, já se justificariam algumas considerações acerca do regime antitruste brasileiro.

Além disso, não se pode olvidar que a Lei n. 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, após apontar princípios que a orientam, explicita a subordinação do setor às normas gerais de proteção à ordem econômica. No seu

¹⁴⁴ O que existiria de mais próximo de alguma forma derestrição seria o art. 15 da Lei n. 8.977/1995 (Lei da TV a cabo), que exige derinteresse manifesto de empresas privadas, caracterizado pela ausência de resposta a edital, para autorizar concessionárias de telecomunicações (FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação.** [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 74. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019).

art. 7º, § 2º, atribui ao CADE competência para apreciar atos envolvendo prestadores de serviço de telecomunicações, públicos ou privados, que visem a qualquer forma de concentração econômica.¹⁴⁵

O SBDC é orientado pela proteção à livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e pela repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º da Lei n. 12.529/11). Esse Sistema é formado pelo CADE e pela SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) do Ministério da Fazenda, cujas atribuições foram explicitadas por meio da Lei n. 12.529/2011 (art. 3º).

O CADE é uma autarquia federal, com jurisdição em todo o território nacional, vinculada ao Ministério da Justiça (art. 4º). A SEAE é o órgão do SBDC responsável por promover a concorrência junto ao governo e perante a sociedade. As competências da SEAE estão previstas no art. 19 da Lei e, entre outras, a esta compete: propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País; encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo; celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.

Para o cumprimento de suas competências, o CADE está dividido em três órgãos (art. 5º): Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; Superintendência-Geral; e Departamento de Estudos Econômicos.

¹⁴⁵ “Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a **qualquer forma de concentração econômica**, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º **Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.**

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” (grifos nossos).

O *Tribunal Administrativo* é o órgão julgante do Conselho e possui amplo espectro de competências. Entre outras, podem ser destacadas as seguintes: decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

A *Superintendência-Geral* do CADE, cujas atribuições específicas são definidas em resolução, é formada por um Superintendente-Geral e dois Superintendentes-Adjuntos (art. 12). O art. 13 elenca as competências da Superintendência-Geral do CADE. Entre outras, podem ser destacadas as seguintes: monitorar e acompanhar as práticas de mercado; promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; instaurar e instruir procedimento para apuração de ato de concentração; remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento.

Ao *Departamento de Estudos Econômicos* do CADE incumbe elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação (art. 17). Trata-se de órgão de assessoramento, cujo Economista-Chefe pode, sem direito a voto, participar das reuniões do Tribunal.

Os diferentes órgãos do CADE atuarão do exame de atos de concentração econômica em que implique eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços (art. 88, §5º).

Diversos meios são utilizados para reduzir ou eliminar a concorrência e constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa (art. 36): exercer de forma abusiva posição dominante, aumentar arbitrariamente os lucros; ajuste com concorrentes do preço de bens ou serviços; combinar preços em licitação pública; impedir o acesso de concorrentes às

fontes de matérias-primas; vender mercadoria, injustificadamente, abaixo do preço de custo; entre outras práticas nocivas à ordem econômica.

A defesa da concorrência nos diferentes campos do setor empresarial é de grande importância para a sociedade brasileira. No que concerne à comunicação social, a vedação prevista no art. 220, §5º, da CF, é revestida de particular destaque.¹⁴⁶

As práticas anticompetitivas são variadas, da elevação de custos dos rivais, passando pela limitação da capacidade de empresas concorrerem (por exemplo, com cláusulas restritivas na transferência de um negócio para o competidor, com vedação de inovações necessárias à inserção no mercado)¹⁴⁷. Diferentes modos de atuação de um grupo de empresas no setor de comunicação social pode comprometer o que já se observa na doutrina como um *direito fundamental à concorrência*.¹⁴⁸

Considerando que tanto meios de comunicação submetidos à livre iniciativa quanto aqueles regulados pela Lei n. 9.742/1997 são submetidos à atuação do CADE e às normas gerais de proteção à ordem econômica, destaca-se a importância desse órgão.

3.3.4 Participação abusiva sob o regime de concessões

Os meios de comunicação submetidos ao regime de concessão oferecem um dado a mais a ser considerado quando da interpretação do art. 220, §5º, da CF. Uma concessão, como já afirmado, dentro dos limites do ato de delegação, assegura uma exploração com exclusividade sem necessariamente ser desrespeitada a vedação constitucional¹⁴⁹. Disso decorre a questão: quando a participação no mercado de comunicação submetido ao regime de concessões caracteriza o descumprimento do limite estabelecido pela Constituição?

Em 16 de julho de 1997, os serviços de telecomunicações brasileiros foram disciplinados por meio da Lei n. 9.472. Nesta foram fixadas as bases para o sistema de

¹⁴⁶ César Costa Alves de Mattos, ao discorrer sobre a teoria econômica dos cartéis, destaca o fato de que, quanto mais *players*, mais difícil a sustentabilidade de um cartel no longo prazo. Em sentido oposto, quanto maior o grau de concentração do mercado, mais fácil a cartelização (MATTOS, César Costa Alves de. Introdução à teoria econômica dos cartéis. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). **Direito Econômico Concorrencial**. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 262).

¹⁴⁷ Sobre o assunto, leia-se o trabalho de Paulo Furquim de Azevedo (Restrições verticais e defesa da concorrência. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). **Direito Econômico Concorrencial**. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 197-244).

¹⁴⁸ SCHNEIDER, Andressa C. **Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência**: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

¹⁴⁹ SABINO, Pedro Augusto Lopes. Direito concorrencial e a vedação de monopólios e oligopólios na comunicação social brasileira. In: SOUZA, Wilson Alves de; SABINO, Pedro Augusto Lopes (coord.). **Processo e efetividade dos direitos**. Salvador: Dois de Julho, 2017b, p. 277-297.

controle do setor, estabelecendo-se os princípios com base nos quais a União deve exercer a sua competência.

À União compete organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, incluindo-se, entre outros aspectos, a disciplina e a fiscalização da execução, da comercialização, do uso dos serviços, da implantação, do funcionamento das redes de telecomunicações e a utilização de recursos (art. 1º).

A Lei n. 9.472/97 explicitou direitos e deveres dos usuários (arts. 3º e 4º), bem como os deveres do Poder Público (art. 2º). Entre esses, cumpre destacar o inciso III do art. 2º: “adotar medidas que **promovam a competição e a diversidade dos serviços**, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários” (grifos nossos).

A função social da propriedade, a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, entre outros princípios, orientam as relações econômicas no setor de telecomunicações. A necessária competição nesse campo é destacada no art. 6 e 7º:

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa **competição** entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para **corrigir os efeitos da competição imperfeita** e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 7º **As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações**, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior **serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. (grifos nossos)¹⁵⁰

Vê-se que compete ao CADE a apreciação de atividade anticompetitiva no setor de telecomunicações. Em que pese isso, de acordo com Ana Paula Chudzinski Tavassi, a atuação

¹⁵⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Vol. IV – Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 453-454.

do CADE tem se limitado a casos no setor de televisão por assinatura, inexistindo análises sobre o mercado de televisão aberta. Disso decorreria o questionamento da suficiência do órgão para garantir a concorrência no setor como um todo. O Conselho não foi capaz de alterar a estrutura do mercado brasileiro no sentido de garantir a competitividade ou reduzir o ritmo de concentração.¹⁵¹

3.3.5 Participação excessiva resultante de participação simultânea em mercados distintos do setor de comunicação e a insuficiência de controle antitruste isolado do controle das concessões

É preciso afirmar que a disciplina do antitruste brasileiro não é plenamente adequada à vedação constitucional prevista no art. 220, §5º. Primeiramente, é preciso reiterar que a comunicação social não é regida por um único regime jurídico.

No caso das concessões, a dificuldade oferecida pelo uso do termo monopólio fica mais evidente. Uma concessão, dentro da esfera concedida, assegura uma exploração com exclusividade sem violação do disposto no art. 220, §5º, da CF.

Além da heterogeneidade de regimes jurídicos, mesmo se consideradas apenas as empresas submetidas às normas do antitruste brasileiro, essa disciplina não parece adequada. Uma empresa pode ter um percentual elevado de participação no setor, mas não exercer poder de mercado.¹⁵²⁻¹⁵³

¹⁵¹ TAVASSI, Ana Paula Chudzinski. Regulação da mídia e Direito da Concorrência no Brasil: a interface entre democracia e concorrência no mercado televisivo brasileiro. *In: Revista de Defesa da Concorrência*, [S.l.], vol. 3, n. 1, p. 225-226, mai. 2015. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/161/100>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

¹⁵² “Exercício do Poder de Mercado. O exercício do poder de mercado consiste no ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros” (Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1º de agosto de 2001).

¹⁵³ Acerca de poder de mercado, Andressa Schneider afirma que para, caracterizá-lo, o agente deve deter poder econômico que lhe confira a capacidade de influir na dinâmica concorrencial e de não se submeter às regras de ordem econômica. A empresa assume posição dominante e tende a adotar comportamento típico de monopolista, marcado pelo aumento do preço e pela falta de qualidade do produto ou serviço oferecidos. Do ponto de vista jurídico, a posição dominante importa em sujeição àquele que a detém, implica em independência de quem o detém em relação a outros sujeitos. A sua vedação, fundada no art. 36 da Lei n. 12.529/2011 exigiria o abuso de sua posição: “o que é condenável é o abuso da posição dominante, que constitui infração à ordem econômica” (SCHNEIDER, Andressa C. **Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência**: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 229-231. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/dezembro/novo-volume-da-serie-monografias-e-publicado-pelo-cej>>. Acesso em: 24 fev. 2018).

A inserção do capítulo correspondente à Comunicação Social no título da CF relativo à Ordem Social não deve ser destituída de sentido. Diversamente, deve-se afirmar a submissão do ponto de vista econômico a um prisma social de modo a ser promovida a efetividade do bem-estar e da justiça sociais (art. 193, CF).

O direito individual de propriedade, na ordem constitucional vigente, na qual os direitos fundamentais de segunda dimensão estão reconhecidos, deve ser compreendido associado à ideia de função social¹⁵⁴. No caso brasileiro, a Comunicação Social inserida na Ordem Social impõe um redimensionamento da liberdade de comunicação social.

As normas da Ordem Econômica que tutelam as empresas que exploram o setor de comunicação devem ser compreendidas do ponto de vista da Ordem Social de modo a serem redimensionadas as normas atinentes à matéria com o escopo de efetivar o bem-estar da coletividade e, por conseguinte, promover a sua dignidade. Nesse sentido, deve ser examinada a vedação de monopólios e oligopólios (art. 220, §5º).

Por um lado, o controle baseado no percentual fixado na Lei n. 12.529/2011 tem se mostrado ineficaz, haja vista a notória concentração verificada, tal como analisado anteriormente¹⁵⁵. Andressa Schneider destaca que o percentual de 20% (vinte por cento) previsto no art. 36, § 2º, da Lei n. 12.529/2011, é considerado uma presunção relativa, exigindo-se a presença de outras evidências para que a posição dominante seja confirmada.¹⁵⁶

Ainda sobre o aspecto econômico, como já afirmado, não obstante o disposto no § 2º, art. 7º, da Lei n. 9.472, art. 7º, §2º, a atuação do CADE tem se limitado ao setor de TV por assinatura¹⁵⁷. Por força dessa informação, vem à tona outra: o órgão não faz apreciação global da participação do mesmo grupo em vários mercados. Sem isso, a concentração cruzada da propriedade e a concentração multissetorial não são enfrentadas.

Ademais, destacada-se igualmente o fato de o CADE se restringir ao seu escopo puramente econômico. As consequências da concentração no campo do pluralismo não são o

¹⁵⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 39.

¹⁵⁵ Seção 3.3.2.

¹⁵⁶ SCHNEIDER, Andressa C. **Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência**: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 231. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/dezembro/novo-volume-da-serie-monografias-e-publicado-pelo-cej>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

¹⁵⁷ TAVASSI, Ana Paula Chudzinski. Regulação da mídia e Direito da Concorrência no Brasil: a interface entre democracia e concorrência no mercado televisivo brasileiro. In: **Revista de Defesa da Concorrência**, [S.l.], vol. 3, n. 1, p. 225-226, mai. 2015. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/161/100>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

foco das análises desenvolvidas pelo órgão ¹⁵⁸. O controle baseado apenas nos aspectos econômicos ignora aspecto importante relacionado ao controle do poder ideológico.

A dificuldade relativa a este fato é que, como será retomado na seção sobre a vedação do abuso de poder ideológico por meios de comunicação social, nestes mercados não estão em jogo apenas objetivos econômicos. A dimensão política do exercício da liberdade de comunicação, com reflexos diretos sobre a efetividade da democracia em determinado território, torna inadequada a concentração verificada em outros mercados.

Especificamente no caso da informação jornalística, cuja relevância para o debate público tem particular destaque, ao se identificar a informação jornalística verdadeira como algo fundamentalmente construído pelo emissor da mensagem, no âmbito da comunicação social, o abuso do poder é da essência da concentração da propriedade dos meios de comunicação social. Deliberadamente ou não, uma perspectiva da realidade retratada ganha *status* de correspondência com a realidade, silenciando pontos de vista alternativos. Precisamente por isso, o controle deve independer de uma ação abusiva.

3.4 VEDAÇÃO DO CONTROLE IDEOLÓGICO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

O poder ideológico exerce um papel extremamente destacado em qualquer ordem jurídica. Ele é meio de obtenção de um consenso mínimo para a vida social.

Como observado por Norberto Bobbio, um ordenamento jurídico garantido pela força é uma impossibilidade de fato. As normas superiores do sistema são, precisamente, as normas cuja aplicação é confiada à adesão espontânea ¹⁵⁹. Trata-se do mínimo de consenso

¹⁵⁸ TAVASSI, Ana Paula Chudzinski. Regulação da mídia e Direito da Concorrência no Brasil: a interface entre democracia e concorrência no mercado televisivo brasileiro. In: **Revista de Defesa da Concorrência**, [S.l.], vol. 3, n. 1, p. 225-226, mai. 2015. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/161/100>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

¹⁵⁹ Observe-se que a adesão espontânea da população é a principal garantia da própria Constituição. Não existe sanção jurídica eficaz quando o desejo de transformação da ordem jurídica supera o de sua continuidade. O entendimento aqui preconizado é melhor compreendido a partir das observações de Norberto Bobbio, na obra *Teoria generale del diritto*, quando analisa as prescrições jurídicas, especificamente a relação entre sanção, norma jurídica e adesão espontânea.

De acordo com Norberto Bobbio, a *existência de sanção não exclui a adesão espontânea*. As normas superiores do sistema seriam, precisamente, as *normas cuja aplicação é confiada à adesão espontânea*. Se isso não ocorresse, seria verificada uma *impossibilidade jurídica* (de sempre existir uma proteção à proteção) e uma *impossibilidade de fato* (um ordenamento garantido pela força) (BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Turim: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 123-143). Note-se que este livro reuniu duas obras anteriores de Bobbio: *Teoria da norma jurídica* e *Teoria do ordenamento jurídico*.

Essas reflexões subsidiam o entendimento que a legitimidade da constituição é a sua principal garantia. A sua correspondência com valores fundamentais historicamente eleitos pela sociedade é o que garante a sua eficácia. Os mecanismos de controle eventualmente existentes não bastariam para assegurá-la.

sem o qual nenhum Estado pode sobreviver.¹⁶⁰⁻¹⁶¹

Ao serem consideradas características das sociedades de massa modernas, a extensão territorial, particularmente no caso brasileiro, e a população, evidencia-se ainda mais a importância de meios de comunicação para a formação do consenso social mínimo, para a criação de expectativas otimistas ou pessimistas sobre o futuro, para confiar ou desconfiar dos governantes, para a produção de símbolos que unam ou distanciem as pessoas. Tendo-se em conta o percentual elevado de analfabetos ou analfatetos funcionais no Brasil, meios de comunicação que atingem seu público mesmo quando adotam atitude passiva mostram-se extremamente influentes.

Para o desenvolvimento desta seção, deve-se discorrer acerca, inicialmente, do conceito de verdade. Diferentes concepções a respeito da verdade justificam a necessidade de uma pluralidade de perspectivas.

Em seguida, algumas considerações sobre o modelo norte-americano e europeu de proteção da liberdade de manifestação do pensamento são necessários. A partir da síntese de críticas feitas aos mesmos, pode-se refletir sobre a posição do ordenamento jurídico brasileiro nesse contexto.

Por fim, é possível vislumbrar exemplos de exercício abusivo de poder ideológico e experiências concretas de limitação. Os fundamentos expressamente mencionados variam, mas, efetivamente, tratam-se de controles do abuso do poder ideológico.

3.4.1 Pluralidade de perspectivas e acesso à verdade

Com efeito, tratando-se das normas jurídicas constitucionais, a principal garantia de sua força é o *consenso mínimo* que sustenta as normas insertas em uma constituição.

Verifica-se, pois, a importância da legitimação para a ordem constitucional vigente e, por conseguinte, a relevância do esforço contínuo de justificação realizado pelos meios de comunicação. A justificação da legitimidade da ordem jurídica vigente serve à manutenção do *status quo*, serve para preservar conquistas sociais assim como para a estrutura de poder existente. A interferência no espaço público, com a determinação da chamada “agenda nacional”, pelos veículos de comunicação contribui para essa necessária aceitação voluntária da ordem constitucional.

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Turim: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 138-143.

¹⁶¹ Com base em Max Weber, Fábio Konder Comparato afirma que em nenhuma sociedade o titular da dominação pode contentar-se com a simples obediência dos subordinados. Sempre se buscaria a obtenção de confiança de modo a alcançar o que foi denominado de legitimidade do poder, haja vista a inviabilidade de subsistência por muito tempo de um poder puramente baseado na força. Enquanto, no passado, a confiança seria fundada na tradição, no mundo moderno, ela seria construída pelo próprio titular do poder. A comunicação de massa e a organização da propaganda passaram a cumprir esse papel (COMPARATO, Fábio Konder. *COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. In: Estudos Avançados*, São Paulo, vol. 25, n. 72, p. 270-271, mai./aug. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142011000200020&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 fev. 2019.).

O conceito de verdade tem invulgar relevância para a identificação dos limites jurídicos de mecanismos de promoção do pluralismo informativo. A depender do ponto de vista adotado, mesmo inconscientemente pelo intérprete, ter-se-á maior ou menor receptividade aos meios de promoção do debate público.

Vê-se, no Brasil, o uso da noção de verdade mesmo sem a sua explícita menção, referindo-se às precauções utilizadas na apuração do fato divulgado. Postos em prática certos procedimentos prévios, formalismos reveladores do zelo do emissor da mensagem, estaria justificada uma proteção reforçada contra a pretensão de contraditório, no mesmo veículo de informação, por eventuais interessados. As consequências sociais do entendimento restritivo, no que concerne ao risco de ineficácia do direito à informação, em um contexto de concentração da propriedade dos meios de comunicação social no Brasil, evidenciam a relevância da abordagem.

Demonstra-se nesta seção que, na ordem constitucional brasileira vigente, é juridicamente possível e mais adequado à efetividade dos direitos fundamentais o distanciamento da concepção grega de verdade (*alethéia*) – relacionada a uma visão essencialista e voltada para o presente – e uma aproximação da concepção latina (*veritas*) – relacionada com a percepção do papel destacado do emissor da mensagem para a sua construção do fato passado.

Ao se entender a informação como reflexo da verdade compreendida como um dado objetivo, conclui-se pelo reconhecimento de uma proteção reforçada, oposta às tentativas de ampliação dos emissores de informações contrárias à originalmente veiculada. Caso se compreenda a verdade como uma construção com significativa carga subjetiva, o exame das formalidades adotadas na apuração de uma notícia é insuficiente para impedir a pretensão de novos emissores fazerem uso do mesmo meio de comunicação social que originalmente veiculou a informação. Em um contexto de grande e crescente concentração da propriedade dos meios de comunicação social, a concepção latina oferece maiores possibilidades aos cidadãos para a tutela do acesso à informação.

À verdade, na cultura ocidental, é conferido um valor positivo. A ela se atribuem as bases para o desenvolvimento científico aos alicerces de um possível controle social do poder público, passando pela confiança necessária à celebração de contratos.

Discute-se internacionalmente um *direito à verdade* quando se indaga sobre a *reconstituição da memória* de um país; sobre a apuração da responsabilidade de atos praticados durante regimes de exceção; sobre a justiça restaurativa e o direito das famílias conhecerem o que ocorreu com os seus entes desaparecidos em regimes ditatoriais. Contra

este direito, opõe-se a segurança e a conveniência de não se estar permanentemente revivendo conflitos do passado em nome da estabilidade social.

Discute-se o direito à verdade, igualmente, quando se afirma a existência de um *direito ao esquecimento* a amparar quem praticou algo no passado e já assumiu as consequências de seu ato (v.g., foi condenado e cumpriu pena). Deste modo, ao vir à tona uma narrativa sobre fatos verdadeiros, outros objetivos tutelados pela ordem constitucional estariam em risco (v.g., a ressocialização do indivíduo).

O direito à verdade também é objeto de discussão quando confrontado com o direito à *privacidade, à honra, à imagem e à intimidade*. O fato de ser verdadeiro, mesmo sem qualquer relevância pública, justifica a exposição pública? Pessoas famosas devem ter esses bens jurídicos protegidos da mesma forma que um cidadão desconhecido?

Além desses aspectos, é preciso pensar no direito à verdade como fundamento do exercício de um *direito de replicar informações* divulgadas por meios de comunicação social. A partir de um mesmo fato verdadeiro, seria necessário assegurar a pluralidade de interpretações desse fato?

No âmbito processual, há uma longa discussão sobre a *busca da verdade* e sua extensão. Discute-se a correspondência entre a verdade processual, a verdade real e os limites da atuação de autoridades públicas na busca da verdade.

Todos esses aspectos acentuam a relevância da perspectiva filosófica a subsidiar as reflexões a serem desenvolvidas. Em síntese, em diversas esferas da vida a discussão sobre a verdade, explícita ou implicitamente, está presente.

Sucedem que a discussão sobre a verdade não se restringe a uma única concepção e as diferenças entre essas podem conduzir a conclusões distintas. Consoante Marilena Chaui, podem ser diferenciadas três concepções que serviram como alicerce da ideia de verdade: a grega, a latina e a hebraica.¹⁶²

Rigorosamente, para os fins deste trabalho, a classificação do assunto em duas, três ou mais concepções não compromete o seu resultado. O importante é notar que o conceito não se esgota em um único ponto de vista e o cidadão tem a seu dispor melhores meios de compreensão da realidade que o circunda quando uma única concepção não domina os meios de comunicação.

De acordo com a concepção grega, a verdade como *alétheia* seria “o não-esquecido”. Por extensão, *alétheia* também significaria o “não-escondido”, “não-dissimulado”.

¹⁶² A autora, nitidamente, desenvolve a sua análise sob o ponto de vista do que é usualmente denominado de cultura ocidental (CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2005, p. 95-97).

Compreendida como “não-esquecido”, “não-escondido”, “não-dissimulado”, a verdade seria apreendida pela contemplação, “o que se manifesta ou se mostra para os olhos do corpo e do espírito”. A verdade seria a manifestação daquilo que é realmente ou que existe realmente tal como se mostrasse. Como automanifestação da realidade, a verdade seria uma qualidade das próprias coisas. Marilena Chaui sintetiza o ponto ao afirmar que, na concepção grega, “o verdadeiro é o ser (o que algo realmente é)”. Essa concepção remete o receptor da mensagem ao presente, ao estado atual ou permanente de algo. Por isso, considerou-se pertinente entender essa concepção de *verdade como essência*.¹⁶³

Essa concepção está na base de posições restritivas de uma ampliação do pluralismo baseado na diversificação dos emissores de mensagens por meio de veículos de comunicação social. Se o veículo de comunicação exibiu um fato verificado no mundo real e manifestou a verdade, por que permitir outras vozes sobre o mesmo assunto não violaria a liberdade de informação jornalística (compreendendo-se nesta a liberdade de pauta)? Meios de promoção do contraditório informativo são melhor justificados quando se tem em mente que a informação veiculada é apenas uma versão parcial do que pode ser considerado verdade.

A verdade, de acordo a concepção latina, se referiria “à precisão, ao rigor e à exatidão de um relato, no qual se diz, com detalhes, pormenores e fidelidade o que realmente aconteceu”. A verdade se referiria à narrativa de fatos passados, a enunciados relativos a coisas que foram ou aconteceram. Desse ponto de vista, um relato seria veraz ou dotado de veracidade quando enunciasse fatos reais. A verdade não se referiria “às próprias coisas e aos próprios fatos (como acontece na *alétheia*), mas ao relato e ao enunciado, à linguagem”. A verdade dependeria da acuidade mental de quem fala.

Essa concepção remete o receptor da mensagem ao passado. Por evidenciar um papel ativo de quem traduz o fato em linguagem, recompondo no presente um acontecimento passado com base em uma valoração (consciente ou inconsciente) decisiva para a escolha dos fatos a serem utilizados no relato, entendeu-se pertinente denominar essa concepção de *verdade como construção*.

A concepção latina facilita o entendimento da necessidade de ampliação dos emissores de informação por meios de comunicação social. Não se compreendendo a verdade como algo automanifestado na realidade divulgada por meio de comunicação social, tanto mais próximo estará o público da verdade quanto mais exposto a diferentes versões dos fatos.

De acordo com essa concepção hebraica (*emunah*), ainda de acordo com a síntese de

¹⁶³ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2005, p. 95-97.

Marilena Chaui, verdade significaria “confiança”. Ela se relacionaria à fidelidade à palavra dada, ao pactuado. *Emunah* significa “assim seja” e o conceito de verdade relacionado a essa tradição cultural seria de “uma crença fundada na esperança e na confiança em uma promessa, estando referida ao futuro, ao que será ou virá”. Remete-se o receptor da mensagem ao futuro.

Ao se concentrar na liberdade de comunicação social, a este trabalho a concepção hebraica de verdade parece inadequada. A informação estará baseada, fundamentalmente, em um acontecimento concluído no passado e em acontecimentos que se desenvolvem no presente. Com efeito, a confiança projetada para o futuro não parece ser a concepção mais adequada quando se trata da liberdade mencionada.

Cada concepção exposta se desenvolveu em um contexto cultural específico e a convergência dessas múltiplas influências para a realidade exige atenção redobrada. A observação de algumas obras no campo da Filosofia revelam as diferentes concepções que, em maior ou menor medida, se opõem. Na obra *Para que serve a verdade?*, que contém o debate entre Pascal Engel e Richard Rorty sobre o tema, parece que a divergência entre os autores se resume à concepções distintas acerca do que é verdade.¹⁶⁴

A conferência de Jürgen Habermas e o debate subsequente, na Universidade Paris IV (Sorbone), publicados reunidos sob o título *A ética da discussão e a questão da verdade*, também podem ser reconduzidos à antiga tradição cultural mencionada anteriormente, que preserva a sua atualidade. O entendimento de Habermas pode ser associado à tradição da *veritas*, com a reconstrução do passado pela linguagem e a negação de um mundo objetivo válido concomitantemente para todos.¹⁶⁵

Diferentes concepções de verdade, por seu turno, não esgotam as razões acerca da necessidade de meios de comunicação que traduzam pontos de vista variados. Independentemente da concepção de verdade adotada, não se chegará, necessariamente, às mesmas conclusões. Cada mensagem emitida é formulada em um contexto cultural específico que condiciona a sua compreensão.

Uma mesma conduta é compreendida de modo substancialmente distinto em contextos culturais diversos¹⁶⁶. A busca do Judiciário pode significar, para alguns, conhecimento dos próprios direitos e disposição para lutar por eles, assim como pode ser a

¹⁶⁴ ENGEL, Pascal; RORTY, Richard. **Para que serve a verdade?**. Tradução Antonio Carlos Olivieri. São Paulo: UNESP, 2008.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁶⁶ LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 25. reimpressão. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

falência do diálogo e da capacidade de entendimento recíproco.¹⁶⁷

Ao ser reconhecida a informação jornalística verdadeira como resultante de uma construção dos emissores da mensagem, ganha destaque a concentração da propriedade dos meios de comunicação social. Quanto maior a concentração da propriedade, menores condições terá o cidadão de atingir uma adequada compreensão dos acontecimentos a sua volta.

O cidadão, destinatário final das informações difundidas, vê-se tolhido das circunstâncias necessárias ao pleno exercício de seus direitos quando não diversificadas as fontes de informação. Se a informação, como *veritas*, é essencialmente parcial, as condições para a efetividade do direito à informação passam pela diversificação dos emissores de *verdades parciais* – na medida em que correspondem a pontos de vista sem exclusão de outros.

A compreensão de um fato pressupõe a mais larga percepção do objeto examinado. Essa percepção abrangente, estreitamente relacionada com o direito do cidadão à informação, não se esgota nem é satisfeita com o discurso monológico de um único meio de comunicação.

A verdade possível da informação divulgada por meios de comunicação social não é atingida senão com a diversificação do fluxo informativo. A promoção do pluralismo informativo pode ocorrer, em uma esfera *micro*, com o reconhecimento do *direito de informar* a maior número de pessoas (seja por meio, *v.g.*, do exercício do direito de resposta ou do direito de antena), ou, em uma esfera *macro*, no combate à própria concentração da propriedade dos meios de comunicação social (o que, salienta-se, encontra previsão constitucional, art. 220, §5º).

Ao examinar o conceito de pluralismo, Norberto Bobbio afirma que o termo é novo, mas o conceito não¹⁶⁸. A ideia de pluralismo é verificada há muito tempo.¹⁶⁹

De acordo com a síntese do referido autor, o debate sobre pluralismo ou concepção pluralista da sociedade relaciona-se a três pontos: o reconhecimento do fato de as sociedades

¹⁶⁷ Mostra-se conveniente a leitura de concepções da ordem social e do direito no extremo oriente (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014).

¹⁶⁸ “Que uma sociedade é tanto melhor governada quanto mais repartido for o poder e mais numerosos forem os centro de poder que controlam os órgãos do poder central é uma ideia que se encontra em toda a história do pensamento político” (BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução João Ferreira. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 15).

¹⁶⁹ Giovanni Sartori esclarece que a ideia de pluralismo está implícita no desenvolvimento do conceito de *tolerância* e em sua gradual aceitação no século XVII. Apesar de diferentes, tolerância e pluralismo são conexos, haja vista este conceito pressupor aquele, “La differenza è che la tolleranza *rispetta* valori altrui, mentre il *pluralismo* afferma un valore proprio” (SARTORI, Giovanni. **Pluralismo, multiculturalismo e estranei**: saggio sulla società multiétnica. 3. ed. Milão: Rizzoli, 2000, p. 18-21).

serem complexas ¹⁷⁰; a manifestação de uma preferência por um modo de organização social capaz de proporcionar a expressão política aos vários grupos ou camadas sociais; e uma refutação a qualquer forma de despotismo ou de totalitarismo. Norberto Bobbio assevera em sua conclusão que a concepção pluralista contemporânea apresenta uma especificidade: ela exprime não apenas uma tendência antidespótica como também uma tendência antiestatal. ¹⁷¹

No caso brasileiro, nos termos expressos da Constituição, a República Federativa do Brasil é fundada sobre o *pluralismo político* (art. 1º, V, CF). Esta norma constitucional impõe a proteção do pluralismo, indissociável da garantia de amplo, profundo e diversificado debate público. ¹⁷²

Assim como em oportunidade anterior ¹⁷³, neste trabalho, entende-se por pluralismo assegurado pela Constituição de 1988 o princípio de acordo com o qual a sociedade deve ser reconhecida em sua complexidade e respeitada a expressão dos diversos grupos ou camadas sociais.

Com base na célebre classificação adotada por José Afonso da Silva ¹⁷⁴, trata-se de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Por conseguinte, seja uma norma geral e abstrata ou uma norma individual e concreta, tem-se uma inconstitucionalidade ao se promover precisamente o oposto da teleologia constitucional ao dispor a respeito do pluralismo.

Como leciona José Afonso da Silva, a opção por uma sociedade pluralista significa o acolhimento de uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios. Por meio do pluralismo, busca-se administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis ¹⁷⁵. Os diversos grupos em conflito devem ser igualmente respeitados.

A tutela constitucional do pluralismo no campo da comunicação social compreende uma dimensão *externa* e uma *interna*. No plano externo, entende-se a presença de elevado

¹⁷⁰ Em outros termos, mas indo ao encontro desse entendimento, Samuel Dal-Farra Nascolini assevera que o ponto de convergência entre diversas acepções relacionadas ao conceito de pluralismo é o reconhecimento da impossibilidade de redução dos fenômenos sociais, jurídicos ou morais a uma substância ou causa única. Tem-se o reconhecimento de uma multiplicidade de perspectivas a descrever a realidade (NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. **Pluralismo político**: subsídios para análise dos sistemas partidários e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal. 1. ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2007, p. 291).

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução João Ferreira. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 15-17.

¹⁷² O pluralismo também é base da educação brasileira, fundada sobre o pluralismo de ideias (art. 206, III, CF).

¹⁷³ SABINO, Pedro Augusto Lopes. **Liberdade de informação jornalística na Constituição de 1988 e o acesso aos meios de comunicação no exercício do direito de resposta**. [Dissertação de Mestrado] Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12230/1/PEDRO%20AUGUSTO%20LOPES%20SABINO.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24-25.

número de emissores na sociedade. O pluralismo interno, por seu turno, relaciona-se à diversificação de pontos de vista difundidos por cada veículo de comunicação social¹⁷⁶⁻¹⁷⁷⁻¹⁷⁸⁻¹⁷⁹⁻¹⁸⁰. A efetividade do pluralismo informativo passa pela tutela dessas duas dimensões na

¹⁷⁶ Alexandre Sankiewicz esclarece esses conceitos ao destacar que o art. 220, § 5º, da Constituição serve ao pluralismo externo, enquanto o art. 5º, V, e o art. 221, II e III, servem ao pluralismo interno (SANKIEWICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 210).

¹⁷⁷ Daniel Sarmiento afirma que “Quanto maior o pluralismo externo, menos justificada será qualquer intervenção estatal que vise a promover o pluralismo interno em qualquer veículo de comunicação” (SARMENTO, Daniel. Art. 220. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2139-2140). Não se concorda com essa afirmação em termos categóricos.

O pluralismo externo, por si só, pode coexistir com discursos voltados para as maiorias. Exemplo disso é o discurso político em eleições majoritárias: mesmo com pluralidade de partidos, minorias enfrentam dificuldade para terem suas pautas acolhidas como prioridades. Mesmo com a efetividade do pluralismo externo, se cogitada a ampliação do direito de antena no Brasil, não haverá necessária diminuição de iniciativas voltadas para grupos minoritários.

¹⁷⁸ Veridiana Alimonte distingue *pluralidade* de *diversidade*. De acordo com a autora, pluralidade, que não deve ser limitada ao plano econômico da concorrência, é entendida como modo de descrever a existência de emissores sob o controle de pessoas diferentes. Diversidade pode ser entendida *entre emissores* ou no interior de *cada emissor*. Em relação ao conteúdo, a diversidade comportaria três dimensões: “variados formatos de programas, variadas ideias e pontos de vista e variadas características demográficas (raça, gênero, cultura, regiões etc.)” (ALIMONTI, Veridiana. **Entre mercadoria e democracia nas políticas para televisão no Brasil: lições e fundamentos para uma regulação democrática e convergente**. [Dissertação de Mestrado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 138-139. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26022015-162337/pt-br.php>>. Acesso em: 17 fev. 2019). Baseando-se em Veridiana Alimonti, Ana Paula Chudzinski Tavassi também adota essa distinção (TAVASSI, Ana Paula Chudzinski. Regulação da mídia e Direito da Concorrência no Brasil: a interface entre democracia e concorrência no mercado televisivo brasileiro. In: **Revista de Defesa da Concorrência**, [S.l.], vol. 3, n. 1, p. 206-232, mai. 2015. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/161/100>>. Acesso em: 15 fev. 2019.).

De acordo com a distinção adotada por Veridiana Alimonti, é possível existir pluralismo (para o presente trabalho, externo) sem diversidade e com diversidade (com ou sem pluralismo interno). Pode-se vislumbrar o exemplo de vários canais de televisão sob o controle de igrejas. Poderia existir pluralismo (externo) sem diversidade entre os canais. Por outro lado, se os vários canais fossem divididos entre representantes de igrejas e de associações de ateus, seria possível existir, além da pluralidade (externa), diversidade entre os emissores. Seja no primeiro ou no segundo exemplo acima, a diversidade *entre os emissores* poderia ser acompanhada ou não da diversidade no *interior de cada emissor* individualmente considerado.

A decomposição dos elementos feita pela autora para aferir a diversidade (no presente trabalho, pluralismo) do conteúdo é interessante e merece atenção. Todavia, concentrando-se no pluralismo externo, não será explorada essa perspectiva no desenvolvimento da tese.

¹⁷⁹ Alexandre Sankiewicz assevera que devem ser observados três conceitos distintos: *produto*, *fonte* e *perspectiva*. A *diversidade de produtos* se refere ao número de opções disponíveis; a *diversidade de fontes* se refere ao número de meios, à estrutura da propriedade desses e à disponibilidade de substitutos reais e potenciais existentes; a *diversidade de perspectivas* corresponde à multiplicidade de pontos de vista existentes.

Alexandre Sankiewicz também diferencia pluralismo externo de interno. O entendimento defendido pelo autor sobre o assunto incorpora a ideia de conteúdo ao conceito de pluralismo externo: “Costuma-se também falar em diversidade/pluralismo externo e interno. Pluralismo externo decorreria do número de posições e perspectivas políticas distintas oferecidas por diferentes meios de comunicação. O pluralismo interno seria consequência da divulgação de diferentes perspectivas oferecidas pelo mesmo meio de comunicação” (SANKIEWICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55-57).

¹⁸⁰ Gianluca Gardini também destaca o fato de não se verificar necessariamente pluralismo, mesmo com multiplicidade de empresas (GARDINI, Gianluca. **Le regole dell’informazione: dal cartaceo al bit**. 3. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 24-25).

ordem constitucional.¹⁸¹

Para a criação de condições favoráveis ao acesso à verdade, como já afirmado¹⁸², não basta a proteção da dimensão individual da liberdade de pensamento ao propósito de assegurar meios de acesso à informação pela sociedade. A dimensão transindividual dessa liberdade (notadamente no que concerne à liberdade de comunicação social) tem evidenciado a relevância da informação para a democracia e colocado a concentração da propriedade dos meios de comunicação em destaque. A Constituição de 1988 não é alheia a esse fato (art. 220, § 5º). Disso decorre a necessidade de intervenção do Estado para promover um debate público plural, em benefício do amplo acesso à informação, sem o qual resta dificultado o acesso à verdade tal como examinado acima.¹⁸³

Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes ao discorrer acerca da evolução histórica do direito à informação¹⁸⁴, destaca a constatação da necessidade de se refrear o crescente poder dos meios de comunicação por meio da intervenção estatal com o propósito de tutela dos interesses dos cidadãos. Essa constatação acompanha a busca de garantia do desempenho da função pública dos meios nas democracias por meio de regulamentação, de modo a se assegurar o fornecimento de informações indispensáveis aos cidadãos.¹⁸⁵

De acordo com Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes, o direito de ser informado é fruto do século XX. Seu reconhecimento é associado a uma mudança de mentalidade que se impôs em razão da crescente influência dos meios de comunicação de massa. Nas primeiras fases do Estado de Direito, não se poderia imaginar o poder exercido por esses meios na atualidade e a necessidade de garantir a efetividade do acesso à informação¹⁸⁶. Ao cidadão, em síntese, deve ser assegurado o direito de formar uma opinião pessoal arrimada em informações verdadeiras, o que demanda a efetividade do debate plural.

A democracia exige o *direito do público à informação*. Recentemente, no Brasil, algumas obras se dedicaram especificamente ao exame da relação entre informação e verdade

¹⁸¹ O recorte do presente trabalho se concentra no pluralismo externo.

¹⁸² SABINO, Pedro Augusto Lopes. **Liberdade de informação jornalística na Constituição de 1988 e o acesso aos meios de comunicação no exercício do direito de resposta**. [Dissertação de Mestrado] Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2013b. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12230/1/PEDRO%20AUGUSTO%20LOPES%20SABINO.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

¹⁸³ Pedro Carlos Barcelas de Vasconcelos discorre sobre o debate como “critério pragmático de verdade” (VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **Teoria geral do controlo jurídico do poder público**. Lisboa: Cosmos, 1996, p. 56-57).

¹⁸⁴ Foi mantida a terminologia utilizada pela autora. Na presente obra, como já explicado anteriormente, trata-se da liberdade de informação, espécie do gênero liberdade de pensamento.

¹⁸⁵ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 181-197.

¹⁸⁶ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 186.

com ênfase no direito do público.

3.4.2 Limitações do *livre mercado de ideias*

Alexandre Sankievicz, ao discorre sobre as teorias relativas ao fundamento da liberdade de expressão (na presente tese, liberdade de manifestação do pensamento). Na oportunidade, examina a perspectiva liberal dentro da qual se insere a concepção de mercado de ideias.¹⁸⁷

A liberdade é protegida nesse caso como reflexo da proteção da autonomia individual, derivação da tutela da dignidade da pessoa. Centrada no emissor da mensagem, essa corrente defende a abstenção do Estado, eximindo-se de restrições ao discurso das pessoas.¹⁸⁸

A interpretação baseada na teoria liberal, não obstante as considerações acima, não seria incompatível com toda e qualquer forma de regulação. Ela seria incompleta por não explicar a razão de o Estado priorizar o discurso do emissor no lugar daquele dos destinatários. A sua adoção pura criaria condições para a produção de efeito silenciador dos discursos dos grupos hegemônicos em face de perspectivas alternativas. Ademais, uma teoria focada na proteção da autonomia do indivíduo não explicaria a razão de o discurso receber uma proteção muito maior do que outras atividades igualmente essenciais.¹⁸⁹

Cass R. Sunstein analisa limitações da ideia de “livre mercado de ideias”. Em determinadas circunstâncias, não se pode esperar que a simples inexistência de limitações ao livre exercício da liberdade de manifestação do pensamento irá bastar para corrigir os malefícios da difusão de determinadas ideias.¹⁹⁰

De acordo com o autor, em regra, a liberdade funciona. Pelo sistema da liberdade de manifestação do pensamento (liberdade de expressão na terminologia usada por Sunstein) americano, as pessoas devem ser expostas a informações equilibradas e poder escutar correções. Todavia, em alguns contextos, trata-se de um corretivo incompleto.

As *emoções* podem representar um obstáculo à conferência da verdade¹⁹¹. As pessoas não elaboraram as informações de modo neutro. Vivências pretéritas levam

¹⁸⁷ SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22-57.

¹⁸⁸ Ibid., p. 22-26.

¹⁸⁹ Ibid., p. 24-25.

¹⁹⁰ SUNSTEIN, Cass R.. **Voci, gossip e false dicerie**: come si diffondono, perché ci crediamo, come possiamo difenderci. Tradução Lucia Cornalba. Milão: Giangiacomo Feltrinelli, 2010.

¹⁹¹ SUNSTEIN, Cass R.. **Op. cit.**, p. 17.

determinadas ideias (por exemplo, a corrupção de um político) a serem aceitas pelo público com maior facilidade que outras. Por conseguinte, informações produzidas e assimiladas em um determinado contexto emocional não são necessariamente superadas por uma réplica produzida em contexto diverso, ainda que racionalmente sejam contemplados todos os aspectos aparentemente necessários.

A ideia de “livre mercado de ideias” defendida por Oliver Wendel Holmes em 1919 (*Abrams v. United States*), segundo a qual a livre circulação de ideias em competição constituiria o melhor modo de garantir o triunfo da verdade, enfrentaria outra limitação. Uma pessoa relacionada por meio de boatos a condutas criminais pode não dispor de meios técnicos para uma réplica ou, possuindo os meios, não ter a mesma credibilidade perante o público daquele que erroneamente difundiu a informação.¹⁹²

Dada a predisposição pessoal para a aceitação de determinadas ideias, o contraditório proporcionado pelo “livre mercado de ideias” serve para radicalizar o debate. A convicção inicial poderia ser reforçada por novos dados e os argumentos contrários, simplesmente, desqualificados como pouco plausíveis, incoerentes, absurdos entre outras possibilidades¹⁹³. Os argumentos que sobrevivem à seleção emocional do “livre mercado de ideias” nem sempre são as mais verdadeiras.¹⁹⁴

Sunstein salienta que a liberdade é essencial à democracia. Esta não funciona bem se as pessoas não tiverem assegurada a faculdade de exteriorizar o que pensam. Todavia, se qualquer pessoa difunde informações falsas, sobretudo sobre as instituições e funcionários públicos, a mesma democracia será afetada pelas consequências dessas ações. As pessoas poderiam perder a *confiança* nos governantes.¹⁹⁵

Ainda sobre a democracia, Cass R. Sunstein assevera que, ao mesmo tempo, as informações falsas difundidas por boatos afetam a capacidade dos cidadãos refletirem bem acerca do que fazer diante de crises.¹⁹⁶

¹⁹² “Nel caso dele dicerie, però, il libero mercato non funziona così bene. Consideriamo per esempio che conseguenze potrebbe avere il doffondersi di voci di un vostro vicino di casa, una persona che non dispone di accesso ai media e non há credibilità su internet. [...]. Ben lungi dall’essere il migliore teste della verità, il mercato può far sì che molte persone accettino delle falsità, o che prendano piccolo frammenti di una vita, o eventi insignificanti, come rappresentativi di un tutto allarmante” (SUNSTEIN, Cass R.. **Voci, gossip e false dicerie**: come si diffondono, perché ci crediamo, come possiamo difenderci. Tradução Lucia Cornalba. Milão: Giangiacomo Feltrinelli, 2010, p. 18).

¹⁹³ SUNSTEIN, Cass R.. **Op. cit.**, p. 60.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 68.

¹⁹⁵ “La libertà di parola è condizione essenziale della democrazia. Una democrazia ben funzionante non può esistere se le persone non hanno la facoltà di dire quello che pensano, anche se quello che pensano è sbagliato. Ma se qualcuno diffonde voci false – soprattutto riguardo a istituzioni o funzionari pubblici – sarà la stessa democrazia a risentirne” (SUNSTEIN, Cass R.. **Op. cit.**, p. 18).

¹⁹⁶ SUNSTEIN, Cass R.. **Voci, gossip e false dicerie**: come si diffondono, perché ci crediamo, come possiamo

Ao enfatizar os mefeícios dos boatos, Sunstein, mesmo refutando a censura, admite a possibilidade dos tribunais atuarem na proteção das pessoas contra a difamação.¹⁹⁷

Segundo o ator, constantemente baseado em pesquisas quantitativas, se for posto em circulação um boato, as tentativas de corrigi-lo podem não funcionar, podem ser inúteis e mesmo piorar a situação. Com isso, sem negar o “livre mercado de ideias”, afirma a necessidade reconhecimento de seu mal funcionamento em determinadas circunstâncias¹⁹⁸. Os mecanismos sociais relativos a difusão e aceitação das informações podem conduzir, sob o pálio do livre mercado de ideias, à aceitação de informações falsas.¹⁹⁹

3.4.3 Limitações do modelo europeu

O modelo norte-americano de liberdade de manifestação de pensamento é baseado na ideia de “livre mercado de ideias”, no potencial de autocorreção do amplo debate acerca das questões públicas. Nesse contexto, impressionam manifestações contemporâneas de grupos como a Klu Klux Klan entre outras possibilidades. No que concerne à possibilidade de livre manifestação de qualquer conteúdo, tem-se em pólo distinto o também influente modelo europeu.

No modelo cada vez mais difundido na Europa, a livre manifestação de determinados conteúdos não é considerada coberta pela liberdade de manifestação do pensamento. Chega-se a entender que se perturba a paz pública com determinadas manifestações. Como exemplo disso, pode-se mencionar o caso com repercussão internacional da alemã condenada à prisão por negar o genocídio de judeus e a existência de câmeras de gás em Auschwitz. O revisionismo histórico negacionista não foi protegido. Entendeu-se que a propagação de alegações falsas não estaria coberta pela liberdade de manifestação do pensamento.

Giorgio Resta informa que a relação entre justiça e história não é nova, particularmente o papel do juiz e do historiados. Apesar disso, em um contexto de renascimento de movimentos de extrema direita de inspiração nazista e antisemita, reflexões crescentes tratariam da interseção entre verdade histórica e verdade judicial, em um fenômeno

difenderci. Tradução Lucia Cornalba. Milão: Giangiacomo Feltrinelli, 2010, p. 18.

¹⁹⁷ “Uma censura di vecchio stampo è ovviamente fuori discussione; ma i tribunali possono usar la legge contro la diffamazione per proteggere le persone, nella vita pubblica o privata, dalle menzogne” (SUNSTEIN, Cass R.. **Voci, gossip e false dicerie**: come si diffondono, perché ci crediamo, come possiamo difenderci. Tradução Lucia Cornalba. Milão: Giangiacomo Feltrinelli, 2010, p. 20).

¹⁹⁸ Ibid., p. 58.

¹⁹⁹ Ibid., p. 97.

denominado de “giuridificazione della storia”.²⁰⁰

O autor manifesta preocupação com o uso do Direito Penal em função meramente “simbólico-expressiva”, com o propósito de reprimir discursos. Isso representa uma ameaça à garantia constitucional de livre manifestação do pensamento, particularmente pelo uso de expressões genéricas e ambíguas nas leis. Atento a isso, conclui afirmando a conveniência de ser seguida, contra teses negacionistas, a via dos instrumentos da cultura, da informação constante nas escolas e do livre debate científico no lugar de sanções penais sob risco de ineficácia.²⁰¹⁻²⁰²

Domenico Losurdo informa a existência de legislação em vigor em países como a Alemanha, a Áustria e a França, bem como a tendência para a Itália e para a União Europeia, bem como o fato de já se registrar caso de historiador preso por desejar rever determinadas narrativas históricas. Como afirmado por ele ao destacar manifesto proveniente da comunidade de historiadores, a verdade histórica não é uma doutrina ou religião de Estado, a ser imposta por meio de recursos a policiais e juízes. Do seu ponto de vista, é com a liberdade de expressão que se pode garantir uma luta eficaz contra o revisionismo histórico e o negacionismo.²⁰³

Ademais, nem todo negacionismo seria igualmente protegido. Com isso, ter-se-ia uma discriminação de vítimas que teriam ou não assegurada a sua memória. Em alguns casos, a pesquisa objetivando uma revisão da versão oficial seria aceita e em outros casos a pesquisa seria desenvolvida sob o risco do encarceramento do pesquisador.²⁰⁴

Ainda de acordo com Losurdo, a luta contra o negacionismo eficaz ocorreria com o

²⁰⁰ RESTA, Giorgio. La memoria, la storia e le regole. In: BIANCA, Mirzia; GAMBINO, Alberto; MESSINETTI, Raffaella (coord.). **Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali: profili applicativi nei social networks**. Milão: Giuffrè Editore, 2016, p. 183-187.

²⁰¹ Ibid., p. 183-187.

²⁰² Acerca do assunto, Mirzia Bianca analisa julgado envolvendo o crime de negacionismo, previsto no art. 241 do Código Penal Suíço. A autora assevera que a dimensão coletiva do direito à memória tutela um interesse de toda a coletividade ao conhecimento de fatos históricos, seja para fins educacionais ou para compreender melhor o contexto atual. Nessa dimensão coletiva, o direito à memória seria parte integrante do direito à pesquisa histórica, direito que deve conduzir à verdade e ao conhecimento. Conclui afirmando que o debate do negacionismo se move do Direito Penal para o Direito Civil (BIANCA, Mirzia. Il caso Perinçek: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 15 ottobre 2015, Perinçek c. Svizzera. In: BIANCA, Mirzia; GAMBINO, Alberto; MESSINETTI, Raffaella (coord.). **Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali: profili applicativi nei social networks**. Milão: Giuffrè Editore, 2016, p. 188-193).

²⁰³ “...la verità storica non è una dottrina o religione di Stato, da imporre col ricorso ai poliziotti e ai giudici” (LOSURDO, Domenico. Negacionismo e libertà di ricerca. 2007, p. 4. Disponível em: <<http://domenicolosurdopolemicalibertaricerca.blogspot.com>>. Acesso em: 28 nov. 2018).

²⁰⁴ “E allora, perché dovrebbe esser lecito negare o ridimensionare il genocidio serbo o armeno e no quello ebraico? [...]. Voler fissare per legge una verità ufficiale, come si tende a fare in certi paesi, è contrario ad ogni ética della ricerca scientifica e, per di più, può solo ingenerare il sospetto che i vincitori vogliano occultare la verità con più ostinazione di quando abbiano fatto all'indomani della prima guerra mondiale” (LOSURDO, Domenico. **Il revisionismo storico**. 5. ed. Bari: Editori Laterza, 2002, p. 182-183).

debate, com a liberdade de manifestação do pensamento, com a demonstração das falhas dos argumentos apresentados. Ao ser negada a possibilidade de revisão, restaria sob suspeita a versão predominantemente aceita.²⁰⁵

Partindo desse modelo, comparado ao modelo norte-americano, tem-se uma maior proteção de determinados discursos públicos em detrimento de outros.

3.4.4 Posição do Brasil entre os modelos norte-americano e europeu

Paolo Caretti, ao discorrer acerca da liberdade de imprensa, informa que apenas com as duas revoluções do século XVII (americana e francesa) começaram a se definir modelos de tutela desta liberdade que, com ajustes, permanecem até os dias atuais. O modelo americano, marcada pela influência jusnaturalista, se expressa na Primeira Emenda à Constituição de 1787. O modelo francês, de inspiração positivista, encontra expressão na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e, posteriormente, na Constituição de 1791.²⁰⁶

De acordo com o modelo americano, a liberdade de expressão preexiste à constitucionalização e que, portanto, não é suscetível, *a priori*, de limitação. Com fulcro no modelo francês, que inspirou as constituições europeias do século XX, as liberdades são aquelas reconhecidas pela constituição e por leis. O equilíbrio entre autoridade e liberdade do segundo modelo encontraria suporte na liberdade de palavra, na vedação da censura, na reserva legal e na reserva de jurisdição. Vale dizer: respeitados esses quatro fundamentos, a disciplina normativa da liberdade não seria vedada.²⁰⁷

²⁰⁵ “Una conclusione si impone: per essere efficace, la lotta contro il negazionismo va fatta sino in fondo e senza riprodurre, anche involontariamente, nuove discriminazioni. Si tratta comunque di una lotta che non si può condurre mettendosi alla coda dei responsabili della deriva revisionista che da decenni infuria in Occidente” (LOSURDO, Domenico. *Negacionismo e libertà di ricerca*. 2007, p. 4. Disponível em: <<http://domicoloslurdopolemicalibertaricerca.blogspot.com>>. Acesso em: 28 nov. 2018).

²⁰⁶ CARETTI, Paolo. **Diritto dell’informazione e della comunicazione**: stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema. 5. ed. Bologna: il Mulino, 2013, p. 31-32.

²⁰⁷ “La tutela della libertà di stampa, intesa come posizione giuridica soggettiva garantita nei confronti di illecite interferenze da parte dei poteri pubblici così come da parte dei privati, si afferma, come è noto, insieme all’affermarsi della forma di Stato liberale. [...]”

Il primo modello, ispirato ad una concezione che vede la libertà di espressione come elemento che preexiste alla sua costituzionalizzazione e che pertanto non è suscettibile di subire alcuna forma di limitazione a priori (nemmeno ad opera del legislatore), ma solo quelle limitazioni che il giudice vorrà determinare, nell’ambito di una valutazione bilanciata dei diversi interessi con cui l’esercizio concreto della libertà può entrare in conflitti; il secondo, viceversa, impostato sull’ancoraggio dei diritti di libertà al dato normativo (le libertà sono quelle e solo quelle riconosciute dal diritto positivo), chef onda in primo luogo sulla Costituzione e poi sulla legge del Parlamento la definizione del punto di equilibrio tra ragioni della libertà e ragioni dell’autorità. Un equilibrio che poggia su tre pilastri fondamentali: innanzitutto, sull’affermazione costituzionale della libertà in parola; in secondo luogo, sul divieto di ogni forma di intervento preventivo in chiave di limitazione del suo esercizio (divieto di censura); in terzo luogo, sulla riserva al legislatore (riserva di legge) del compito di definir la nozione di «abuso», nell’esercizio della libertà di stampa, cui ancorare

Paulo Caretti cita uma decisão da Corte de Luxemburgo na qual expressamente se admite restrições à liberdade de expressão orientadas por objetivos de interesse geral, estabelecidas por lei, necessárias a fins legítimos e necessários a uma sociedade democrática²⁰⁸. Esse exemplo ilustra a identificação do modelo francês com o europeu.²⁰⁹

Ao se ter em conta as seções anteriores, vê-se que os dois modelos²¹⁰ apresentam qualidades consideráveis, mas sofrem a crítica interna. No primeiro caso, o norte-americano, critica-se a incapacidade do “livre mercado de ideias” como meio de se refutar determinadas informações difundidas. No segundo caso, o europeu, enfatiza-se a insuficiência de uma proteção por meio da limitação do debate, sem a livre manifestação. Disso decorre a pergunta, de qual modelo mais se aproxima o ordenamento jurídico brasileiro?

Sem prejuízo da ampla proteção verificada em ambos os modelos adotados por Estados reconhecidamente democráticos, o ordenamento jurídico brasileiro se avizinha, no que concerne ao conteúdo, do modelo europeu²¹¹. Cresce o número de normas sancionadoras de determinadas manifestações tidas como discriminatórias contra grupos vulneráveis.

Além disso, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deve ser destacado o julgamento do Caso Elwanger (*Habeas Corpus* n. 82424). Na ocasião, discutiu-se a prática de racismo contra judeus. Inicialmente, por maioria, superou-se a objeção relativa à descaracterização do racismo por não se poder qualificar judeu como raça. Em seguida, entendeu-se que uma vez configurada a discriminação estaria configurado o racismo punível no ordenamento brasileiro.

l'intervento, solo repressivo, deciso dal giudice (riserva di giurisdizione).

Sarà proprio questo secondo modello quello al quale si ispireranno le Costituzioni liberali europee del secolo scorso” (CARETTI, Paolo. **Diritto dell'informazione e della comunicazione**: stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema. 5. ed. Bologna: il Mulino, 2013, p. 32, grifos nossos).

²⁰⁸ “Quanto all’ordinamento dell’Unione la libertà dall’art. 21 della Costituzione trova riconoscimento nell’art. 11 della Carta di Nizza, il cui comma 1, anche in questo caso contemplando espressamente il profilo attivo e passivo della libertà di manifestazione del pensiero, [...]. Così, la Corte di Lussemburgo há affermato che restrizione alla libertà d’espressione possono essere indotte «da obiettivi di interesse generale» e nella misura in cui le deroghe al libero esercizio del diritto siano «previste dalla legge», «dettate da uno o più scopi legittimi» e «necessarie in una società democratica, cioè giustificata da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito» (CGCE sent. C-60/00, 11 luglio 2002, *Carpenter*)” (CARETTI, Paolo. **Op. cit.**, p. 26-27).

²⁰⁹ Gaetano Azzariti indica uma série de decisões da jurisprudência constitucional italiana em que foram explicitados limites a liberdade de manifestação do pensamento (AZZARITI, Gaetano. **Contro il revisionismo costituzionale**: tornare ai fondamentali. Bari: Editori Laterza, 2016, p. 74-75).

²¹⁰ Ao lado desses modelos concernentes ao conteúdo da manifestação do pensamento protegida, de modo complementar para a compreensão do tema, é conveniente destacar sistemas distintos relacionados à *governance*. Nesse sentido, leia-se: PAVANI, Giorgia. *La governance* dei sistemi radiotelevisivi pubblici: una questione culturale. In: **federalismo.it**: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo, n. 1, 04 mar 2016. Disponível em: <<https://federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=31529&dpath=document&dfile=04032016183818.pdf&content=La%2Bgovernance%2Bdei%2Bsystemi%2Bradiotelevisivi%2Bpubblici%3A%2Buna%2Bquestione%2Bculturale%2B-%2Bstato%2B-%2Bdottrina%2B-%2B>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

²¹¹ Quanto ao modelo de *governance* (PAVANI, Giorgia. *Op. cit.*).

Na ocasião, o Ministro Marco Aurélio, vencido pela maioria, entendeu que houve uma manifestação individual de pensamento com o propósito de fazer uma revisão histórica. Entre outras considerações, destacou o fato de não ter sido demonstrada a *instigação* ao racismo. O paciente, Sigfried Ellwanger, não teria *incitado* ninguém à prática de racismo.

O Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhando a corrente majoritária, chegou a afirmar que a discussão o havia convencido da possibilidade de o livro ser instrumento da prática de racismo e que não poderia entendê-lo “como tentativa subjetivamente séria de revisão histórica de coisa nenhuma”. Os argumentos aceitos pela maioria são bastante reveladores da limitação ao discurso no ordenamento brasileiro, que o aproximam do sistema de proteção da liberdade nos moldes cada vez mais difundidos na Europa.

Feitas essas considerações, convém enfatizar a compatibilidade da ordem jurídica brasileira com mecanismos variados de controle do exercício abusivo do poder, seja ele econômico ou ideológico. Corolário disso, como se depreende do art. 220, § 1º, da CF, nem toda manifestação de pensamento pode ser considerada sob o pálio da Constituição.

3.4.5 Elementos para a identificação de controle do exercício abusivo do poder ideológico na experiência jurídica estrangeira

O abuso do *poder ideológico*, saliente-se, pode se manifestar na interdição do acesso do público à informação socialmente relevante, assim como pela hipere Exposição de um único ponto de vista. Para uma melhor compreensão dos limites ao poder ideológico, para que não se confunda com a censura e se identifique a ideia com a promoção de meios de acesso à informação pelo cidadão, podem ser examinados alguns exemplos identificados na experiência jurídica estrangeira.

Não obstante a falta de referência expressa ao controle do poder ideológico, disposições normativas, assim como a fundamentação de diferentes decisões, revelam esta preocupação e o propósito de impedir a ocorrência ou a persistência de circunstâncias fáticas que coloquem os cidadãos em situação de vulnerabilidade em face do poder. Vê-se preocupação comum com o acesso à informação e com a pluralidade de perspectivas em contrapostas.

A presente seção se justifica por uma série de razões. Primeiramente, é preciso dizer que o problema da concentração do controle dos meios de comunicação tem sido objeto de crescente atenção da doutrina. Ainda que determinados exemplos possam ser associados a uma realidade jurídica muito distinta, dificilmente transferidas e aplicadas em outros países,

servem para evidenciar a constatação do problema a ser enfrentado por ordenamentos jurídicos díspares.

Afirma-se, de maneira recorrente, que o aprimoramento institucional é um jogo de acertos e erros. Em face de um determinado problema, busca-se a solução mais satisfatória com o menor risco possível. Nesse sentido, a análise de experiências internacionais abre os horizontes do pesquisador confrontado com a pluralidade de soluções possíveis a velhos problemas ²¹², bem como com as soluções alternativas para problemas ainda não enfrentados no âmbito do seu país. Em certa medida, é possível dizer que se busca a *minimização dos riscos*. O exemplo alheio – assim como a nossa própria experiência pretérita – é sempre útil quando se objetiva o aprimoramento institucional.

Jorge Miranda assevera que as mesmas questões sociais e políticas podem ser identificadas em diferentes países ou em diferentes épocas do mesmo país e que não haveria “modernização jurídica sem apelo, sem conhecimento de Direitos estrangeiros em confronto com o Direito do país” ²¹³. Com a crescente exigência de harmonização jurídica, o diálogo, o intercâmbio institucional tem sido crescente, influenciando, não raro, mudanças das normas vigentes em determinado Estado.

No Chile, discute-se a concentração midiática, o controle da informação, a massificação da produção cultural, o fortalecimento de posições no mercado, com incremento dos poderes político e econômico, bem como a sua relação com o pluralismo e a democracia.

214

Na Espanha, Santiago Muñoz Machado afirma ser verificado nas legislações de

²¹² CUNHA, Paulo Ferreira da. “Elogio da comparação dos direitos”. In: AGOSTINI, Eric. **Direito comparado**. Tradução Fernando Couto; prefácio. PORTO-Portugal: Resjurídica, s.d., p. 5-6.

²¹³ MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito constitucional**: teoria geral da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1267-1274.

²¹⁴ ROGEL, Alberto Javier Mayorga; ROJAS, Carlos del Valle; VALDEBENITO, Luis Nitrihual. Concentración de la propiedad de los medios de comunicación en Chile. La compleja relación entre oligopolio y democracia. In: **Anagramas**, vol. 9, n. 17, jul./dez. 2010, Medellín-Colômbia: Universidad de Medellín, 2010, p. 131-148. Disponível em: <<https://revistas.udem.edu.co/index.php/anagramas/article/view/471>>. Acesso em 06.11.2016.

ROJAS, Carlos Del Valle; MELLADO RUIZ, Claudia; SALINAS MERUANE, Paulina; GONZÁLES RODRÍGUES, Gustavo. La concentración de la propiedad de los medios de comunicación en Chile. De la propiedad al mercado de la publicidad: Los desafíos pendientes. In: **Sapiens – Revista Universitaria de Investigación**, vol. 12, n. 1, jan./jun. 2011, Caracas-Venezuela: Universidad Pedagógica Experimental Libertador, 2011, p. 44-60. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/410/41030367003.pdf>>. Acesso em 06.11.2016.

JORQUERA, Osvaldo Corrales; MOYA, Juan Sandoval. Concentración del mercado de los medios, pluralismo y libertad de expresión. [S.l.]: Universidad de Chile – Instituto de la Comunicación e Imagen – Centro de Estudios de la Comunicación, s.d., p. 1-22. Disponível em: <http://www.uchile.cl/documentos/descargar-texto-completo-del-articulo-pdf-196kb_25646_0.pdf>. Acesso em 06.11.2016.

todos os Estados-membros normas sobre a concentração dos meios de informação impondo mecanismos destinados a evitar o seu domínio por um ou poucos grupos privados, que produziriam um efeito ainda mais perverso que o antigo monopólio público, com reflexos sobre o exercício de direitos constitucionais. O direito à informação, a formação da opinião pública e a conservação da cultura estariam à mercê de interesses empresariais.²¹⁵⁻²¹⁶⁻²¹⁷

De acordo com María José Pérez Serrano, na Espanha, ocorreria uma profusão de processos de concentração cujas consequências abrangeriam o contexto nacional e global. A concentração dos meios de comunicação é um tipo de concentração econômica na qual incide, como em qualquer outra, os meios de defesa da concorrência. Contudo, essa concentração se diferencia na natureza do produto informativo, que projete consequências tanto sobre os destinatários da informação quanto sobre o pluralismo informativo – entendido como multiplicidade de meios e vozes.²¹⁸

A verificação do mesmo fato (concentração da propriedade dos meios de comunicação), em contextos semelhantes (risco para o acesso à informação, para o pluralismo, para a conservação da cultura, para a efetividade da democracia e, em alguns casos, até mesmo para a segurança nacional – por exemplo, controle da comunicação de um Estado por outro), sugere a conveniência da observância de experiências internacionais.

A atenção dedicada a exemplos internacionais não pretende configurar um estudo de direito comparado, que exigiria acesso a diferentes fontes dos ordenamentos mencionados e não mudaria a conclusão deste trabalho²¹⁹. Como destacado por Ivo Dantas, quando se realiza

²¹⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Transparencia y concentración en la propiedad de medios informativos”. **Política y medios de comunicación**. [S.l.]: s.e., s.d., p. 87-88.

²¹⁶ Giovanni Sartori, especificamente sobre a televisão, analisa a sua influência na formação da opinião pública, destacando a interferência no processo eleitoral e até mesmo sobre os governos (SARTORI, Giovanni. **Homo videns: television e post-pensiero**. Bari: Editori Laterza, 2000, p. 37-67).

²¹⁷ Em dissertação, Emiliano José examina a relação entre imprensa e poder político no Brasil a partir da cobertura da imprensa escrita da ascensão e queda do ex-Presidente Fernando Collor. Na oportunidade, põe relevo à parcialidade dos meios de comunicação, que não se limitam a descrever a realidade e interferem no processo político (JOSÉ, Emiliano. **Imprensa e poder: ligações perigosas: a CPI do PC, do Collor e do Orçamento numa análise inédita**. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2010).

²¹⁸ PÉREZ SERRANO, María José. “La concentración de medios de comunicación: aproximación teórico-práctica bajo la perspectiva bifocal de defensa de la competencia y pluralismo”. **La ética y el derecho de la información em los tempos del postperiodismo**. [S.l.]: s.e., s.d., p. 485. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2539929>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

²¹⁹ A opção pelo direito comparada é condicionada pelo problema da pesquisa. Como afirmado por Mônica Steffen Guise Rosina, a “opção pelo direito comparado somente se justifica quando este é relevante – leia-se necessário – à solução do problema de pesquisa” (ROSINA, Mônica Steffen Guise. “Meu trabalho precisa de direito comparado?”. In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. 1. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131).

Por problema, seguiu-se a seguinte definição, já adotada anteriormente: “Entenda-se por problema a questão não formulada acerca de um tema ou, quando formulada anteriormente, não respondida ou mal respondida. Por mal respondida deve-se entender não apenas as questões incorretamente respondidas como também as

estudo de direito comparado, urge ir além da norma positivada e examinar o quadro geral no qual esta se encontra, incluindo-se a doutrina e a jurisprudência correlatas²²⁰⁻²²¹. A amplitude das exigências abrange tanto comparações diacrônicas quanto sincrônicas²²², tanto microcomparações quanto macrocomparações.²²³

O objeto do Direito Público Comparado pode ser entendido como o âmbito de indagação próprio de uma disciplina. De modo geral, ele se ocupa dos elementos que compõem os diversos ordenamentos jurídicos; das regras jurídicas que concorrem, de modos variados, para conferir *ordem*, orientada por certos fins, a um grupo social.²²⁴

Dadas as exigências apontadas, próprias da realização de estudo comparativo, bem como o problema proposto, o recorte do presente trabalho não revela a necessidade da adoção do direito comparado para o seu desenvolvimento. Por outro, a constatação de medidas adotadas na regência de Estados que se aproximam do brasileiro por suas famílias jurídicas, auxilia o delineamento de soluções genuinamente relacionadas às necessidades dos brasileiros. Pelas razões acima, serão examinados alguns exemplos estrangeiros nas seções seguintes.

insuficientemente respondidas em face da pluralidade metodológica. Se a pré-compreensão não é uniforme, as perguntas e as respectivas respostas também não o serão” (SABINO, Pedro Augusto Lopes. “Escorço histórico em trabalhos acadêmicos da seara jurídica: problemas relacionados à dissociação entre histórico e referenciais teóricos”. *In*: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito – Vol. V**. Salvador: Pagninae, 2013, p. 476).

²²⁰ DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado**: introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 26-27.

²²¹ No mesmo sentido, José Afonso da Silva afirma não ser caracterizado um estudo de direito comparado arrimado no mero confronto de disposições (SILVA, José Afonso da. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36).

Enfatizando a necessidade de apreciação de aspectos que extrapolam o ponto de vista estritamente jurídico, Lucio Pegoraro e Angelo Rinella afirmam o seguinte: “In ultima analisi, la comparazione nel diritto costituzionale implica lo studio del *diritto vigente* unitamente al *diritto vivente*; e la conoscenza profonda di quest’ultimo richiede al comparatista di addentrarsi su terreni non specificamente giuridici, con quell’armamentario di strumenti preso in prestito da altre scienze” (PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. **Introduzione al diritto pubblico comparato**: metodologie di ricerca. Verona: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2002, p. 36).

²²² Diacrônica ou vertical (mesma comunidade em épocas distintas) e sincrônica ou horizontal (ordens jurídicas diferentes da mesma época (SILVA, José Afonso da. **Op. cit.**).

²²³ “4. O esforço comparativo, no espaço ou (e) no tempo, tanto pode consistir numa *microcomparação* como numa *macrocomparação*. A sua natureza é idêntica, mas, decerto, a sua finalidade e, porventura a atitude do comparatista deixam de o ser.

Microcomparação tem por objeto o exame das partículas jurídicas elementares que formam as ordens jurídicas. São os micro-elementos. Pelo contrário, a macrocomparação tem por objeto o estudo de uma grande estrutura e, designadamente, as estruturas determinantes e as ordens jurídicas enquanto tais. Com a primeira, trata-se de dilucidar uma instituição ou uma regra jurídica; com a segunda de dilucidar as grandes estruturas fundamentais, bem como o perfil característico das ordens jurídicas a fim de salientar as famílias e os grandes sistemas jurídicos” (MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito constitucional**: teoria geral da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1272).

²²⁴ PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. **Op. cit.**, p. 4 e 31.

3.4.5.1 O caso *Sky Österreich* (C-283/11) e restrições ao direito de exclusividade de transmissão

Em decisão de 22 de janeiro de 2013 envolvendo a *Sky Österreich* (C-283/11), o Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção) julgou ser válido, *mesmo existindo o direito de exclusividade por empresa de radiotelevisão*, o direito de acesso a resumos informativos de acontecimentos de grande interesse para o público ²²⁵. A eventual contraprestação limitada aos custos adicionais foi admitida.

Reportando-se à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, art. 16 ²²⁶ e art. 17 ²²⁷, diante de acontecimento de grande interesse para o público, mesmo com direitos de exclusividade, foi assegurado aos organismos de radiodifusão televisiva o acesso a resumos informativos cuja contraprestação seria restrita aos custos adicionais do detentor de exclusividade. ²²⁸

A Diretiva objeto da controvérsia apresentou clara preocupação com a garantia do pluralismo e da plena e adequada proteção dos interesses dos telespectadores da União Europeia. Desse modo, mesmo a quem adquire direitos de exclusividade foi imposta obrigação de modo a assegurar ao público o acesso a informações a respeito de acontecimento de grande interesse para o público. ²²⁹⁻²³⁰

²²⁵ UNIÃO EUROPEIA. **C-283/11, de 22 de janeiro de 2013-a**. Disponível em: <http://estudios.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/41/C_283_11_TJUE.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2016.

²²⁶ Artigo 16. Liberdade de empresa

É reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

²²⁷ Artigo 17. Direito de propriedade

1. Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, excepto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral.

2. É protegida a propriedade intelectual.

Artigo 16. Liberdade de empresa. É reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

²²⁸ “Directiva 2010/13/UE – Prestación de servicios de comunicación audiovisual – Artículo 15, apartado 6 – Validez – Acontecimientos de gran interés para el público sobre los cuales existen derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva – Derecho de acceso a dichos acontecimientos por parte de los organismos de radiodifusión televisiva a efectos de la emisión de breves resúmenes informativos – Eventual contraprestación para el titular de los derechos exclusivos limitada a los costes adicionales en los que haya incurrido por prestar dicho acceso – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 16 y 17 – Proporcionalidad” (Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2016).

²²⁹ “7. La Directiva 89/552, en su versión modificada por la Directiva 2007/65, fue derogada por el artículo 34, párrafo primero, de la Directiva 2010/13, cuyo considerando 48 es del siguiente tenor:

«Los derechos de radiodifusión televisiva de acontecimientos de gran interés para el público pueden ser adquiridos por los organismos de radiodifusión televisiva con carácter exclusivo. Sin embargo, es esencial

A afirmação da importância de se fomentar o pluralismo mediante a diversidade de programação e de produção de notícias, mesmo sem expressa referência, revela a preocupação com a excessiva influência de uma orientação ideológica. Para garantia de condições mínimas para a efetividade da democracia, a cobertura de acontecimentos de grande interesse para o público não pode ficar à mercê de um controlador, que se transforma, efetivamente, em uma espécie de *ensor* de toda a sociedade.

A Diretiva supramencionada pôs em destaque o espectador, cujos interesses devem ser plena e adequadamente garantidos. Para tanto, os interesses do emissor, mesmo detentor de direitos de exclusividade de transmissão, ficaram em segundo plano.

Note-se que a Diretiva impôs uma obrigação que obsta a eventual tentativa de restrição da parte do emissor da mensagem detentor dos direitos de exclusividade. Não cabe a este escolher a quem irá fornecer os extratos informativos, que devem ser fornecidos em condições equitativas, razoáveis e *não discriminatórias*, divulgadas antes dos acontecimentos de grande interesse público.

Vê-se, pois, relevante dado indicativo do estágio de discussão do acesso à informação na União Europeia, redimensionando o direito de propriedade²³¹. Sem prejuízo do reconhecimento deste direito e da liberdade empresarial, tendo em vista os objetivos perseguidos, o equilíbrio entre direitos e liberdades fundamentais em jogo justificaram a adequação do limite ao direito de exclusividade.

fomentar el pluralismo mediante la diversidad de programación y producción de noticias en la Unión [Europea] y respetar los principios reconocidos en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en lo sucesivo, “Carta”].»

8. El considerando 55 de la Directiva 2010/13 está redactado en los siguientes términos:

«Para proteger la libertad fundamental de recibir información y garantizar la plena y adecuada protección de los intereses de los espectadores de la Unión Europea, quienes gozan de derechos exclusivos de radiodifusión televisiva sobre un acontecimiento de gran interés para el público deben conceder a otros organismos de radiodifusión televisiva el derecho a utilizar extractos breves para su emisión en programas de información general en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, y teniendo debidamente en cuenta los derechos exclusivos. Tales condiciones deben comunicarse oportunamente antes de que se celebre el acontecimiento de gran interés para el público en cuestión, a fin de dar a los demás tiempo suficiente para ejercer tal derecho. [...]»

[...].

67. Por consiguiente, el legislador de la Unión podía legítimamente imponer las limitaciones a la libertad de empresa que implica el artículo 15, apartado 6, de la Directiva 2010/13 a los titulares de los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva y considerar que los inconvenientes derivados de dicha disposición no resultan desproporcionados en relación con los objetivos que ésta persigue y resultan adecuados para establecer un justo equilibrio entre los distintos derechos y libertades fundamentales en juego en el presente caso.” (Diretiva 2010/13/UE).

²³⁰ Artigo 11. Liberdade de expressão e de informação

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.

2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.

²³¹ Acerca do redimensionamento recíproco dos direitos já se discorreu na seção 3.1.

A vedação de controle exclusivo de informação relativa a acontecimento de grande interesse público é, com efeito, um dado a ser considerado em um sistema de controle do exercício abusivo do poder ideológico.

3.4.5.2 O caso *União das Associações Europeias de Futebol (UEFA)* (C-201/11 P) e restrições ao direito de exclusividade de transmissão de competições esportivas de relevância social

Em outro caso julgado no âmbito da União Europeia, verifica-se avanço ainda mais significativo que o anteriormente sintetizado. Em 18 de julho de 2013, a Terceira Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao julgar recurso interposto pela *União das Associações Europeias de Futebol (UEFA)* (C-201/11 P), citando o caso *Sky Österreich* (C-283/11), proferiu decisão no mesmo sentido da impossibilidade de controle exclusivo.²³²

Novamente, ao serem confrontados o direito de acesso à informações de grande relevância e o direito de propriedade, o Tribunal decidiu, considerando as amplas divergências sociais e culturais dentro da União Europeia, ser assegurada a ampla margem de apreciação dos Estados para classificar um acontecimento como de alto interesse público de modo a proteger o direito à informação e garantir acesso do público à cobertura televisiva de acontecimento de grande importância.

Este segundo caso envolveu a UEFA, na qualidade de recorrente, a Comissão Europeia, o Reino da Bélgica e o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. A UEFA se insurgiu contra decisão que, baseada na Diretiva 97/36/CE, qualificou jogos de futebol da Copa do Mundo e todos os jogos do Campeonato Europeu como de alto interesse público, disso decorrendo a proibição de exclusividade que impedisse a veiculação na televisão gratuita (televisão aberta).

De acordo com a UEFA, ao se vedar a veiculação de determinados fatos com exclusividade, no caso em apreço, constituir-se-ia um obstáculo à livre prestação de serviços, à liberdade de estabelecimento, à concorrência e aos direitos de propriedade. Contra estes, o Tribunal de Justiça da União Europeia negou provimento ao recurso, assim como o fez o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, ao considerar que as restrições seriam justificadas pelo objetivo de proteger o direito à informação e assegurar o amplo acesso do público à cobertura televisiva de certos eventos, nacionais ou não, de grande relevância para a

²³² UNIÃO EUROPEIA. C-201/11 P, de 18 de julho de 2013-b. Disponível em: <http://estudios.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/821/C_201.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2016.

sociedade.²³³

O Tribunal entendeu fundamental que os Estados membros tivessem capacidade para adotar medidas destinadas a proteger o direito à informação e a garantir o amplo acesso do público à cobertura de acontecimento nacionais ou não de grande importância para a sociedade. A proteção desses direitos justificou obstáculos aos fundamentos opostos pelos detedores dos direitos de exclusividade: a livre prestação de serviços, a liberdade de estabelecimento, a concorrência e o direito de propriedade.

Com efeito, a colisão dos direitos em questão foi resolvida com a prevalência daqueles. No caso em exame, reconhecida a relevância social dos grandes eventos esportivos mencionados, os direitos de exclusividade de transmissão não puderam prevalecer.

Saliente-se a amplitude da proteção conferida no âmbito da União Europeia a acontecimentos de grande relevância para a sociedade. O entendimento não se restringiu ao

²³³ “3 Los considerandos decimoctavo a vigésimo segundo de la Directiva 97/36 tenían la siguiente redacción:
«(18) Considerando que es fundamental que los Estados miembros tengan **capacidad para adoptar medidas encaminadas a proteger el derecho a la información y a garantizar un amplio acceso del público a la cobertura televisiva de acontecimientos nacionales o no nacionales de gran importancia para la sociedad**, tales como los Juegos Olímpicos, el Campeonato del Mundo de fútbol y el Campeonato Europeo de fútbol [en lo sucesivo, “EURO”]; que, a tal fin, los Estados miembros mantienen el derecho de adoptar medidas compatibles con el Derecho comunitario encaminadas a regular el ejercicio, por parte de los organismos de radiodifusión televisiva sometidos a su jurisdicción, de derechos exclusivos de emisión de tales acontecimientos;

[...].

Observaciones preliminares

10 En primer lugar, debe señalarse que, mediante el artículo 3 *bis*, apartado 1, de la Directiva 89/552, el legislador de la Unión ha **autorizado a los Estados miembros a calificar determinados acontecimientos como de gran importancia para la sociedad del Estado miembro de que se trate** (en lo sucesivo, «acontecimiento de gran importancia») y, de este modo, **ha admitido expresamente**, dentro del margen de apreciación que le confiere el Tratado, **los obstáculos** a la libre prestación de servicios, a la libertad de establecimiento, a la libre competencia y al derecho de propiedad que sean consecuencia inevitable de esta calificación. Tal como se desprende del decimoctavo considerando de la Directiva 97/36, el legislador ha considerado que **tales obstáculos están justificados por el objetivo consistente en la protección del derecho a la información y en la garantía de un amplio acceso del público a la cobertura televisiva de tales acontecimientos**.

11 **El Tribunal de Justicia ya ha reconocido anteriormente** que tal objetivo es legítimo y ha señalado que la comercialización en exclusiva de los acontecimientos de gran interés para el público puede limitar considerablemente el acceso del público a la información relativa a dichos acontecimientos. Ahora bien, en una sociedad democrática y pluralista el derecho a la información reviste una especial importancia, que se manifiesta de forma aún más evidente en el caso de tales acontecimientos (véase la **sentencia de 22 de enero de 2013, Sky Österreich, C-283/11**, apartados 51 y 52).

[...].

13 En efecto, la Directiva 89/552 no procede a armonizar la lista de tales acontecimientos, sino que se basa en la premisa de que existen, dentro de la Unión, divergencias considerables de índole social y cultural en lo referente a su importancia para el público en general. Por consiguiente, el artículo 3 *bis*, apartado 1, de esta Directiva establece que cada Estado miembro elaborará una lista de acontecimientos que éste «considere de gran importancia» para su sociedad. El decimoctavo considerando de la Directiva 97/36 también subraya esta facultad de apreciación de los Estados miembros al afirmar que resulta «fundamental» que tengan capacidad **para adoptar medidas encaminadas a proteger el derecho a la información y a garantizar un amplio acceso del público a la cobertura televisiva de acontecimientos de gran importancia**” (UNIÃO EUROPEIA. **C-201/11 P, de 18 de julho de 2013-b**, grifos nossos. Disponível em: <http://estudios.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/821/C_201.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2016).

noticiário político. A discussão girou em torno da garantia do acesso ao que poderia ser considerado entretenimento (cobertura de competições esportivas). Mesmo assim, considerou-se que cada Estado-membro da União poderia classificar o que seria tido por de relevância social de modo a serem impostos limites aos detentores de direitos de exclusividade.

Se a vedação do controle exclusivo de informação de grande interesse público é um dado a ser considerado em um sistema de contenção do exercício abusivo do poder ideológico, a competência classificatória das informações assim consideradas também exige uma reflexão sobre a necessidade ou conveniência de ser atribuída a algum órgão específico.

3.4.5.3 O caso italiano e o controle de participação no mercado regido por parâmetros distintos para a caracterização do poder de mercado

A experiência constitucional italiana, no que concerne à liberdade de manifestação do pensamento, e, especificamente, à liberdade de comunicação, fornece diversas decisões relativas o controle do setor. O risco de monopólios e oligopólios privados foi apontado em reiteradas decisões e, por muito tempo, justificou o monopólio estatal da radioteledefusão nacional.

O caso italiano é particularmente interessante porque o Estado controlava o setor e também enfrentava as críticas sobre a falta de pluralismo. A salvaguarda deste princípio foi um dos fundamentos da abertura das transmissões locais à iniciativa privada. A evolução desse processo de discussão, que obviamente também envolveu interesses econômicos, culminou com o historicamente recente fim do monopólio estatal das transmissões nacionais, com a adoção do sistema misto para transmissões nacionais por meio da Lei n. 223, de 6 de agosto de 1990.

A Corte Constitucional italiana, por uma série de decisões, teve um papel importante nesse processo, inclusive por provocar a ação do legislador e, explicitamente, indicar os parâmetros que não poderiam deixar de estar presentes na disciplina da matéria. A consolidação do seu entendimento acerca do pluralismo e da imparcialidade das informações tendo em vista o destinatário dos serviços prestados foi de grande importância para a evolução da matéria no País.

Sucessivas decisões aprofundaram a discussão da matéria, explicitaram o entendimento da Corte Constitucional e colocaram em evidência aspectos importantes sobre o

assunto. O Acórdão n. 59, de 1960²³⁴, Acórdão n. 46, de 1961²³⁵, o Acórdão n. 225, de 1974²³⁶, o Acórdão n. 226, de 1974²³⁷, o Acórdão n. 202, de 1976²³⁸, o Acórdão n. 148, de 1981²³⁹, o Acórdão n. 826, de 1988²⁴⁰, o Acórdão n. 420, de 1994²⁴¹, entre outras, discutiram o monopólio público e apontaram riscos dos monopólios e oligopólios privados no campo da comunicação.

Quando do Acórdão n. 59/1960, a Corte, ao considerar a reserva de radioteledifusão ao Estado, levou em conta a limitação de frequências e a necessidade de garantia de objetividade e de imparcialidade na difusão do pensamento. De acordo com o entendimento adotado, o monopólio estatal do serviço seria o melhor modo de garantir a satisfação dos interesses sociais em questão.

Na mesma oportunidade, a Corte afirmou a compatibilidade do princípio constitucional de liberdade de manifestação do pensamento (art. 21 da Constituição) com a reserva ao Estado dos meios de difusão que, submetidos à livre iniciativa, criariam situações de monopólios ou de oligopólios. Esta preocupação com monopólios e oligopólios privados e o correlato risco ao pluralismo informativo, é reiteradamente afirmado em decisões posteriores.

Quando do Acórdão n. 46/1961, a Corte colocou em evidência a tutela da cultura e das manifestações artísticas nas províncias italianas no confronto do monopólio estatal da transmissão. Discutiu-se a salvaguarda do caráter étnico e do desenvolvimento cultural de um dos grupos linguísticos residentes na região por meio de norma provinciana. Em síntese, a questão submetida à Corte Constitucional baseava-se em interpretação teleológica que atribuía competências a regiões como modo de proteção da diversidade cultural existente.

A Corte Constitucional não acolheu o entendimento. Entre outros fundamentos, afirmou que os princípios constitucionais protetivos da autonomia local (art. 5º) e das

²³⁴ ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 59, de 6 de julho de 1960**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1960/0059s-60.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

²³⁵ ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 46, de 3 de julho de 1961**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1961/0046s-61.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

²³⁶ ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 225, de 9 de julho de 1974**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0225s-74.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

²³⁷ ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 226, de 9 de julho de 1974**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0226s-74.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

²³⁸ ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 202, de 15 de julho de 1976**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1976/0202s-76.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

²³⁹ ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 148, de 14 de julho de 1981**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1981/0148s-81.html>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

²⁴⁰ ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 826, de 13 de julho de 1988**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1988/0826s-88.html>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

²⁴¹ ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 420, de 5 de dezembro de 1994**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1994/0420s-94.html>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

minorias linguísticas (art. 6º) não poderia justificar a mudança das competências. De resto, reiterou o entendimento do Acórdão n. 59/1960 acerca da posição privilegiada do Estado para assegurar objetividade e imparcialidade.²⁴²

A interpretação favorável à validade da norma provinciana, mesmo não tendo sido acolhida pela Corte no Acórdão n. 46/1961, evidencia o princípio de uma discussão a ser retomada em outros julgados, com a liberação de transmissões radiotelevisivas regionais e manutenção do monopólio estatal para as nacionais.

O Acórdão n. 225/1974, ao reiterar a limitação da quantidade de frequências disponíveis, afirmou a qualidade de “serviço público essencial” à radiotelevisão, apto a justificar o monopólio previsto no art. 43²⁴³ da Constituição, sem deixar de ser compatível com o art. 21, que dispõe sobre liberdade de manifestação do pensamento. O monopólio público continuava a ser considerado instrumento necessário à promoção do máximo acesso às manifestações plurais evidenciadas na sociedade.²⁴⁴

Para a Corte, em face da limitação das frequências, a liberação resultante do fim do monopólio se traduziria em uma efetiva reserva a poucos, o que implicaria em violação do princípio da igualdade. Sem deixar de reiterar a constitucionalidade do monopólio, no Acórdão n. 225/1974, a Corte salienta o risco da falta de legislação e aprecia a matéria no que concerne à *extensão do monopólio justificado*.

O monopólio estatal seria justificado por dois fundamentos essenciais, que deveriam ser assegurados por uma legislação que os impusesse: transmissões caracterizadas pela objetividade e completude das informações, abertura a todas as correntes culturais e imparcialidade na representação das ideais; bem como a garantia de acesso na maior medida permitida pelos meios técnicos disponíveis. O monopólio público acompanhado da ausência de regras que impusessem os dois fundamentos mencionados poderia resultar em algo diametralmente oposto ao desejado do ponto de vista constitucional.²⁴⁵

²⁴² “lo Stato, per la posizione in cui istituzionalmente si trova, può meglio che ogni altro soggetto assicurare l'accesso di tutti gli interessati, in condizione di obiettività e di imparzialità, al detto mezzo di comunicazione” (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 46, de 3 de julho de 1961**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1961/0046s-61.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019).

²⁴³ “Art. 43. A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”. (Costituzione della Repubblica Italiana).

²⁴⁴ “il monopolio pubblico, in definitiva, deve essere inteso e configurato come necessario strumento di allargamento dell'area di effettiva manifestazione della pluralità delle voci presenti nella nostra società” (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 225, de 9 de julho de 1974**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0225s-74.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019).

²⁴⁵ “8. – Volgendo ora l'esame al diverso problema delle garanzie che devono accompagnare la riserva allo Stato,

No Acórdão n. 225/74, a Corte expôs as “condições mínimas necessárias” para que o monopólio estatal potesse ser considerato conforme a Constituição. Por rispetto ao legislador, não impôs instrumentos específicos, mas affermou diversi aspetti che a lei acerca da matéria deveria preveder, tais como: garanzia di obiettività; di programmi informativi ispirados por imparzialità; di esposizione da molteplicità das correntes di pensiero; di limitazioni à pubblicità; di accesso à radiotelevisione a gruppi politici, religiosi e culturali por meio nos quais se esprime as várias ideologias presentes na sociedade; que reconhea e garanta o diritto di retificazione²⁴⁶. Por concorrer para a formação cultural e incidir sobre a opinião pública, a radiotelevisione não poderia se tornar um

occorre trarre le debite conclusioni da quanto si é detto nei Precedenti paragrafi. La sottrazione del mezzo radiotelevisivo é legittima solo se si assicuri che il suo esercizio sia preordinato a due fondamentali obiettivi: a trasmissioni che rispondano alla esigenza di offrire al pubblico una gamma di servizi caratterizzata da obiettività e completezza di informazione, da ampia apertura a tutte le correnti culturali, da imparziale rappresentazione delle idee che si esprimono nella società; a favorire, a rendere effettivo ed a garantire il diritto di accesso nella misura massima consentita dai mezzi tecnici. In mancanza di una disciplina legislativa che imponha queste due linee direttive e che predisponga gli strumenti all'uso adeguati, il mezzo radiotelevisivo, posto nella libera disponibilità di chi lo gestisce, rischia - non meno, e forse con maggior danno, che se fosse nelle mani di pochi privati - di essere un poderoso strumento a servizio di parte, non certo a vantaggio della collettività. **In altri termini, il monopolio pubblico, una volta libero da ogni regola che correttamente ed efficientemente ne disciplini l'esercizio, potrebbe tendere a fini e portare a risultati diametralmente opposti a quelli voluti dalla Costituzione.**” (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 225, de 9 de julho de 1974**, grifos nossos. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0225s-74.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0225s-74.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019).

²⁴⁶ “A tal proposito la Corte – pur nel rispetto della discrezionalità del legislatore di scegliere gli strumenti più appropriati ad assicurare il conseguimento dei due fondamentali obiettivi di cui innanzi si é discorso – ritiene che la legge debba almeno prevedere:

- a) che gli organi direttivi dell'ente gestore (si tratti di ente pubblico o di concessionario privato purché appartenente alla mano pubblica) non siano costituiti in modo da rappresentare direttamente o indirettamente espressione, esclusiva o preponderante, del potere esecutivo e che la loro struttura sia tale da garantirne l'obiettività;
- b) che vi siano direttive idonee a garantire che i programmi di informazione siano ispirati a criteri di imparzialità e che i programmi culturali, nel rispetto dei valori fondamentali della Costituzione, rispecchino la ricchezza e la molteplicità delle correnti di pensiero;
- c) che per la concretizzazione di siffatte direttive e per il relativo controllo siano riconosciuti adeguati poteri al Parlamento, che istituzionalmente rappresenta l'intera collettività nazionale;
- d) che i giornalisti preposti ai servizi di informazione siano tenuti alla maggiore obiettività e posti in grado di adempiere ai loro doveri nel rispetto dei canoni della deontologia professionale;
- e) che, attraverso una adeguata limitazione della pubblicità, si eviti il pericolo che la radiotelevisione, inaridendo una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, rechi grave pregiudizio ad una libertà che la Costituzione fa oggetto di energica tutela;
- f) che, in attuazione di un'esigenza che discende dall'art. 21 della Costituzione, l'accesso alla radiotelevisione sia aperto, nei limiti massimi consentiti, imparzialmente ai gruppi politici, religiosi, culturali nei quali si esprimono le varie ideologie presenti nella società;
- g) che venga riconosciuto e garantito - come imposto dal rispetto dei fondamentali diritti dell'uomo - il diritto anche del singolo alla rettifica.

A tanto non provvede la legislazione vigente, nella quale - a parte alcune disposizioni contenute nel d.l.C.P.S. 3 aprile 1947, n. 428 (modificato dalla legge 23 agosto 1949, n. 681), palesemente insufficienti ad assicurare serie direttive in ordine ai programmi ed a consentire un efficiente controllo del Parlamento - nulla si rinviene che possa corrispondere a quel minimo di regolamentazione a cui innanzi si é fatto cenno.” (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 225, de 9 de julho de 1974**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0225s-74.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019).

instrumento de uma parte, em contraste com as exigências da livre circulação de ideias.

A matéria foi aprofundada ao ser analisado outro aspecto no Acórdão n. 226/74, proferido na mesma data da decisão anterior: a transmissão via cabo. Neste caso, o obstáculo da limitação de frequências não subsistiria.

A Corte diferenciou duas situações. Inicialmente, afirmou que a disponibilidade de frequências não seria o único aspecto a justificar a manutenção do monopólio estatal. Considerando o custo relacionado ao setor, haveria grave risco de surgimento de situações monopolísticas ou oligopolísticas se submetidas ao controle privado. Disso resultou a compreensão da subsistência das mesmas razões que justificavam o monopólio estatal, independentemente da limitação de frequências de transmissão, quando a implantação da televisão via cabo compreende todo o território nacional ou grande parte desse. Reportando-se aos requisitos expressos no Acórdão n. 225/1974, a Corte acrescentou que dada a maior disponibilidade de canais de transmissão, deveria ser propiciado maior espaço ao direito de acesso.

Por outro lado, a Corte Constitucional distinguiu a situação da radiotelevisão via cabo de raio limitado, com *dimensão local*. Este serviço limitado não poderia legitimamente ser compreendido na reserva ao Estado. A livre iniciativa econômica (art. 41) não permitiria o monopólio previsto no art. 43 sem a satisfação de seus requisitos.

Estaria demonstrado que o custo de implantação local seria muito menor e, conseqüentemente, o risco de formação de monopólios ou oligopólios no setor não se faria presente de modo a justificar a reserva ao Estado. Ausente a reserva estatal, entendeu-se, com base em manifestação técnica do Conselho de telecomunicações, que a oferta do serviço de televisão via cabo iria se proliferar, dando lugar a uma pluralidade de redes. A utilidade geral que justificava a reserva estatal com base no art. 43 não se verificaria quando implicasse a limitação da pluralidade de redes por meio das quais se exerceria a livre manifestação do pensamento (o que não afastava a possibilidade de o legislador disciplinar a matéria).

O Acórdão n. 202, de 15 de julho de 1976, acolheu a questão constitucional para declarar a inconstitucionalidade de norma na parte em que vedava a exploração privada, no âmbito local, em matéria radiofônica e televisiva. Sem prejuízo da reserva estatal em escala nacional ²⁴⁷, entendeu-se que, em escala local, a exemplo do decidido em relação à televisão

²⁴⁷ “Il che, però, non richiede né tanto meno comporta che debba escludersi la legittimità costituzionale delle norme che riservano allo Stato le trasmissioni radiofoniche e televisive su scala nazionale. Giacché - e ciò giova ribadirlo in modo espresso - la radiodiffusione sonora e televisiva su scala nazionale rappresenta un servizio pubblico essenziale e di preminente interesse generale.” (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 202, de 15 de julho de 1976**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1976/0202s-76.html>>.

via cabo (Acórdão n. 226/1974), a disponibilidade de frequências afastaria o perigo de monopólios ou oligopólios privados de modo a ser possível a liberação.

Do ponto de vista do art. 3º, que a afirma o direito à igualdade e impõe o dever de o Estado remover obstáculos ao exercício da liberdade e pleno desenvolvimento das pessoas, ao não se consentir a exploração privada, mesmo existindo disponibilidade suficiente de frequências em escala local, apta a afastar o risco de monopólios ou oligopólios privados, estaria caracterizada a violação ao referido dispositivo constitucional. Por outro lado, do ponto de vista do art. 21, que dispõe acerca da liberdade de manifestação do pensamento, afastado o risco de monopólios ou oligopólios, a impossibilidade de transmissão local privada implicaria em afronta ao princípio constitucional da liberdade.

Assim como no Acórdão n. 225/1974, a Corte Constitucional asseverou a necessidade de intervenção do legislador e explicitou requisitos a serem observados ao ser disciplinada a exploração local em conformidade com o interesse da coletividade.²⁴⁸

No Acórdão n. 148, de 14 de julho de 1981, discutiu-se mais uma vez o monopólio público de transmissões televisivas de caráter nacional. Na ocasião, a Rizzoli Editore S.P.A. estava na iminência de iniciar transmissão de telejornal e outros programas em escala nacional, com o uso de estações distribuídas em toda a Itália. A Rizzoli e outros que se habilitaram no processo questionavam a constitucionalidade das normas que disciplinavam o monopólio estatal televisivo quando confrontado com o disposto nos arts. 3, 10, 21 e 43 da Constituição italiana.²⁴⁹

Acesso em: 26 jan. 2019).

²⁴⁸ “In particolare si dovranno stabilire: a) i requisiti personali del titolare dell'autorizzazione e dei suoi collaboratori, che diano affidamento di corretta e responsabile gestione delle trasmissioni; b) le caratteristiche tecniche degli impianti e la relativa zona di servizio, nonché la specificazione delle frequenze e dei canali utilizzabili; c) l'esatta indicazione dell'ambito di esercizio, il cui carattere "locale" deve essere ancorato a ragionevoli parametri d'ordine geografico, civico, socio-economico, che consentano di circoscrivere una limitata ed omogenea zona di utenza, senza, peraltro, eccessive restrizioni, tali da vanificare l'esercizio medesimo; d) eventuale fissazione di turni ed adozione di ogni altro accorgimento tecnico, al fine di non turbare il normale svolgimento del servizio come sopra riservato allo Stato ai sensi degli artt. 1 e 2 della citata legge n. 103 del 1975 e di ogni altro servizio parimenti riservato allo Stato; ed al fine di rendere possibile il concorrente esercizio di attività da parte degli altri soggetti autorizzati; e) limiti temporali per le trasmissioni pubblicitarie, in connessione con gli analoghi limiti imposti al servizio pubblico affidato al monopolio statale; f) ogni altra condizione necessaria perché l'esercizio del diritto, previa autorizzazione, si svolga effettivamente nell'ambito locale e non dia luogo a forme di concentrazione o situazioni di monopolio o oligopolio.

Ove concorrano le condizioni, da stabilire nei modi sopra indicati, il rilascio dell'autorizzazione é vincolato e non meramente discrezionale, con tutte le conseguenze giuridiche che tale natura dell'atto comporta nel nostro ordinamento” (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 202, de 15 de julho de 1976**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1976/0202s-76.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019).

²⁴⁹ Esses dispositivos constitucionais dispõem sobre a igualdade de todos os cidadãos italianos (art. 3º), sobre a observância de normas internacionais e proteção de direitos de estrangeiros (art. 10), sobre a liberdade de manifestação do pensamento (art. 21), sobre a possibilidade de monopólio estatal de serviços essenciais (art. 43).

Quando do Acórdão n. 148, atendidas as exigências explicitadas em decisões anteriores, o monopólio estatal era considerado um modo de proteção da liberdade de manifestação do pensamento em face do perigo de restrições que deveriam instaurar-se de um monopólio ou de um oligopólio privado das informações. Defendia-se que o monopólio do Estado seria um modo de garantir o interesse geral à integração da coletividade do nacional. O serviço público de radioteledifusão promoveria a cultura local e nacional.

O argumento a motivar a admissibilidade da questão constitucional no juízo *a quo* e o conseqüente envio da questão à Corte seria a *mudança da situação de fato* que teria sustentado os seus precedentes. A jurisprudência da Corte Constitucional italiana teria se desenvolvido baseada na limitação das frequências, no custo associado ao serviço e na correlativa conveniência de se destinar ao monopólio estatal.

O juízo *a quo* entendeu que a evolução tecnológica no período teria comprometido esse fundamento determinante da orientação jurisprudencial da Corte. Desse modo, o reenvio da questão constitucional envolvendo a discussão sobre a função do monopólio público da transmissão nacional e, por conseguinte, da legitimidade constitucional das normas infraconstitucionais que o asseguravam foi admitida.

Os opositores do monopólio estatal afirmavam a existência da possibilidade de pluralismo sem monopólio estatal. Afinal, uma medida menos restritiva seria suficiente: uma lei antitruste.

Asseverava-se que o monopólio da transmissão nacional limitava o pluralismo informativo e cultural, haja vista a exclusão da possibilidade de um pensamento expresso em uma região circular em outra. Ademais, não haveria tratamento isonômico entre o emissor local, obrigado a transmitir em âmbito restrito, e o emissor externo que, junto com a concessionária estatal, poderia fazer a transmissão em escala nacional.

A Corte Constitucional italiana decidiu que o aumento de frequências e a diminuição dos custos de implantação e gestão *seriam irrelevantes para o fim de determinar a revisão dos seus precedentes*. Isso porque estes não foram os motivos determinantes de decisões proferidas anteriormente. Por isso, persistindo a inércia do legislador na disciplina da matéria, a Corte não poderia se afastar dos seus precedentes.²⁵⁰

²⁵⁰ “Da tutto quanto testè ricordato emerge pertanto la consolidata opinione della Corte che il servizio pubblico essenziale di radioteletrasmissione, su scala nazionale, di preminente interesse generale, può essere riservato allo Stato in vista del fine di utilità generale costituito dalla necessità di evitare l'accentramento dell'emittenza radiotelevisiva in monopolio od oligopolio privato. Necessità, va aggiunto, che non emerge soltanto in relazione alla maggiore o minore disponibilità delle frequenze di trasmissione, ma attiene altresì alla natura del fenomeno delle radioteletrasmissioni visto nel contesto socioeconomico in cui esso è destinato a svilupparsi.

Esta decisão enfatizou que o risco para o sistema democrático também justificaria o monopólio estatal para transmissões nacionais. As características do meio de difusão do pensamento em questão, com capacidade de persuasão diferenciada, relacionada à força da união de imagem e palavra, incidiria sobre a formação da opinião pública e orientações socioculturais ²⁵¹. A posição proeminente de um sujeito ou grupo privado restringiria a liberdade de manifestação do pensamento de todos os outros sujeitos.

A Corte salientou que o monopólio permanecia justificado no “estado atual da legislação”, haja vista a ausência de normas adequadas a impedir a possibilidade de monopólio ou oligopólio privado.

Quanto às transmissões provenientes do exterior, a Corte Constitucional rejeitou a ideia de violação do princípio da igualdade. De acordo com o seu entendimento, o emissor externo é um fenômeno com características particulares que não poderia justificar equiparação baseada no princípio da igualdade.

A mudança da situação de fato sobre a qual se baseara o entendimento anterior teria sido modificada pelo avanço técnico. Esse argumento do avanço do progresso técnico afastar a necessidade de monopólio estatal não é insuperável. Afinal, mesmo nos dias de hoje, com avanço tecnológico muito superior ao existente em 1981, a opção pelo modelo de *governance* público não desapareceu ²⁵². Trata-se de uma opção feita pelo Estado.

Va peraltro considerato che l'asserito aumento della disponibilità delle frequenze non appare anche per altro aspetto determinante per escludere il pericolo di oligopoli privati. Invero, una serie di fattori di ordine economico, con la utilizzazione del progresso della tecnologia, fa permanere i rischi di concentrazione oligopolistica attraverso lo strumento della interconnessione e degli altri ben noti mezzi di collegamento di vario tipo oggi esistenti per le trasmissioni televisive” (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 148, de 14 de julho de 1981**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1981/0148s-81.html>>. Acesso em: 22 jan. 2019).

²⁵¹ “3. – Né potrebbe opporsi al riguardo l'apparente contraddittorietà derivante dalla esclusione dal monopolio statale delle trasmissioni locali in vista della natura di servizio pubblico essenziale attribuibile anche a queste ultime. Tale obiezione, infatti, prescinde dalla considerazione di quelli che sono i **dati caratteristici del mezzo di diffusione del pensiero in esame** che, per la sua **notoria capacità di immediata e capillare penetrazione nell'ambito sociale attraverso la diffusione nell'interno delle abitazioni e per la forza suggestiva della immagine unita alla parola**, dispiega una **peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione** pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali, di natura ben diversa da quella attribuibile alla stampa. L'emittenza privata può essere attualmente esercitata senza le conseguenze dannose di cui si è parlato solo in ambito locale per la oramai ivi acquisita pluralità di altre emittenti di diversi e contrastanti indirizzi, mentre largamente travalicherebbe questi limiti qualora si estendesse a tutto il territorio nazionale, ove i suoi effetti si moltiplicherebbero di intensità finendo con l'attribuire al soggetto privato, operante in regime di monopolio od oligopolio, **una potenziale capacità di influenza incompatibile con le regole del sistema democratico.**” (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 148, de 14 de julho de 1981**, grifos nossos. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1981/0148s-81.html>>. Acesso em: 22 jan. 2019).

²⁵² Cf. PAVANI, Giorgia. La *governance* dei sistemi radiotelevisivi pubblici: una questione culturale. In: **federalismo.it**: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo, n. 1, 04 mar 2016. Disponível em: <<https://federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=31529&dpath=document&dfile=04032016183818.pdf&content=La%2Bgovernance%2Bdei%2Bsistemi%2Bradiotelevisivi%2Bpubblici%3A%2Buna%2Bquestione%2Bculturale%2B-%2Bstato%2B-%2Bdottrina%2B-%2B>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

O Acórdão n. 826, de 13 de julho de 1988, é apontado como uma passagem fundamental na evolução da jurisprudência da Corte Constitucional italiana sobre comunicação. Já discutido o risco de instauração de monopólios e oligopólios no setor de comunicação e a possibilidade de ampliação da disponibilidade de frequências resultante da evolução técnica, observa-se uma mudança significativa nesse julgado.

Primeiramente, destacou-se que permanecia inexistente a norma que garantiria o pluralismo ²⁵³ no âmbito das transmissões sob o monopólio estatal. Consequentemente, os requisitos destacados pela Corte persistiam sem observância.

Em seguida, afirmou-se que a defesa do pluralismo contra o risco de monopólio ou oligopólio privado se traduziria em uma injustificada restrição das garantias do art. 21 (liberdade de manifestação do pensamento) e do art. 41 (livre iniciativa). Como única razão para a defesa da reserva estatal, seria insuficiente. Quando do Acórdão n. 148/1981, já havia sido cogitado o fim da reserva estatal caso não adotadas medidas para garantia eficaz do pluralismo, valor central em um ordenamento democrático. Mesmo assim, o necessário sistema de garantias não foi produzido.

O prolongado vazio legislativo teria favorecido a proliferação de transmissões privadas e os interessados desejavam transmitir para todo o território nacional ou, ao menos, além do âmbito local já autorizado. A produção de um transmissor local passou a ser retransmitida por outros transmissores locais que, deste modo, atingiam todo o País – o que foi denominado interconexão funcional. Para a Corte, a evolução da situação de fato demonstrava que o risco de formação de oligopólios havia se transformado em uma realidade.

²⁵³ “Così giustificata la riserva statale, la Corte si e altresì preoccupata di precisare i requisiti minimi indispensabili che consentano all'emittenza pubblica di esplicitare il proprio compito, indicando una serie di criteri necessari ad improntarne la struttura organizzativa e lo svolgimento dell'attività ad un rigoroso **pluralismo <interno>**, onde consentire l'espressione delle varie ideologie presenti nella società (sent. n. 225/1974).

[...].

11. – Nell'accingersi ad esaminare le questioni attualmente portate alla sua attenzione, la Corte ritiene necessario ribadire il valore centrale del pluralismo in un ordinamento democratico.

Allo stesso fine reputa indispensabile, altresì, chiarire che il **pluralismo dell'informazione radiotelevisiva significa**, innanzitutto, possibilità di ingresso, nell'ambito dell'emittenza pubblica e di quella privata, di quante più voci consentano i mezzi tecnici, con la concreta possibilità nell'emittenza privata - perché il **pluralismo esterno** sia effettivo e non meramente fittizio – che i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza il pericolo di essere emarginati a causa dei processi di concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle mani di uno o di pochi e senza essere menomati nella loro autonomia.

Sotto altro profilo, il **pluralismo si manifesta nella concreta possibilità di scelta, per tutti i cittadini, tra una molteplicità di fonti informative**, scelta che non sarebbe effettiva se il pubblico al quale si rivolgono i mezzi di comunicazione audiovisiva non fosse in condizione di disporre, tanto nel quadro del settore pubblico che in quello privato, di programmi che garantiscono l'espressione di tendenze aventi caratteri eterogenei” (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 826, de 13 de julho de 1988**, grifos nossos. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1988/0826s-88.html>>. Acesso em: 21 jan. 2019).

O processo de concentração já estava em andamento e o legislador continuava sem elaborar efetivas medidas antitruste. No Acórdão n. 826/1988, a Corte Constitucional italiana destaca mais um elemento a integrar a norma instituidora do sistema de garantia do pluralismo: limites aptos a impedir a formação de *posição dominante*.²⁵⁵

Em 1990, por meio da Lei n. 223, foi promovida a reforma do sistema radiotelevisivo italiano, quando foi adotado o critério misto para a participação nas transmissões nacionais também de sujeitos privados. Nessa se dispôs acerca da proibição de posições dominante dos meios de comunicação.

O art. 15 da Lei n. 223/1990, com o propósito de evitar posições dominantes, impôs uma série de proibições. Foi proibida a titularidade de concessão de teledifusão no âmbito nacional quando controlador de empresas editoriais jornalística com percentual superior a dezesseis por cento de participação no mercado dos jornais em circulação no ano anterior. Ao controlador de empresas editoriais jornalística cuja circulação fosse superior a oito por cento de participação no mercado, não seria possível possuir mais de uma concessão (a depender do percentual de participação, foi vedada também a titularidade de mais de duas concessões).

O referido art. 15 disciplinou a nulidade de transferência de ações com reflexo no controle de percentual elevado de participação no mercado (vinte ou vinte e cinco por cento, conforme a situação prevista na Lei n. 223/1990), bem como o percentual máximo de concessões de âmbito nacional. Foi prevista obrigação específica relacionada à fiscalização de demonstrativos contábeis.²⁵⁶

²⁵⁴ “Invero, l'evoluzione della situazione di fatto ha dimostrato ampiamente che il rischio della formazione di un oligopolio paventato dalla Corte si è trasformato in realtà” (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 826, de 13 de julho de 1988**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1988/0826s-88.html>>. Acesso em: 21 jan. 2019).

²⁵⁵ “Come si è già più volte sottolineato, la necessità dell'introduzione, nella disciplina dell'emittenza privata su scala nazionale, di un simile sistema di garanzie deriva dall'imprescindibile esigenza, sottesa alla menzionata sentenza, di una effettiva tutela del pluralismo dell'informazione, che va difeso contro l'insorgere di posizioni dominanti o comunque preminenti, tali da comprimere sensibilmente questo fondamentale valore. Simili posizioni possono verificarsi sia in ciascuno dei singoli settori del sistema radiotelevisivo, sia attraverso le sopraccitate connessioni e collegamenti, anche indiretti o di mero fatto; inoltre é possibile che siano attuate con varie forme di collegamento tra le predette imprese e quelle che abbiano una presenza rilevante in settori diversi da quello dell'informazione.

Di conseguenza, **la futura legge non potrà non contenere limiti e cautele finalizzati ad impedire la formazione di posizioni dominanti** lesive del predetto valore costituzionale (art. 21 Cost.).

Naturalmente l'efficacia di una simile disciplina ai fini indicati presuppone l'introduzione di un alto grado di trasparenza degli assetti proprietari e dei bilanci dell'impresa di informazione e di quelle collegate, trasparenza che incide pur sempre sul valore del pluralismo ed ha quindi rilievo costituzionale” (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 826, de 13 de julho de 1988**, grifos nossos. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1988/0826s-88.html>>. Acesso em: 21 jan. 2019).

²⁵⁶ O art. 15 da Lei n. 223/1990 foi revogado pelo art. 54 do Decreto Legislativo n. 177, de 31 de julho de 2005. Acerca desta mudança se discorrerá posteriormente.

Após essa inovação legislativa, a Corte Constitucional voltou ao exame do tema no Acórdão n. 420, de 5 de dezembro de 1994, quando considerou o limite máximo de concentração fixado no art. 15 da Lei n. 223/1990 aquém do compatível com a Constituição.

De acordo com a Corte, o legislador deveria ter em conta a realidade econômica existente de modo a elaborar norma que ampliasse o número de vozes no lugar de limitá-las. Considerando as normas vigentes naquele momento, entendeu-se que um terço das redes privadas poderiam ser controladas pelo mesmo sujeito. A legislação teria, em síntese, estabilizado a posição dominante existente antes da Lei no lugar de promover a ampliação do pluralismo.

A Corte Constitucional afirmou ser incoerente e sem razoabilidade, com prejuízo da igualdade (art. 3º da Constituição), a fixação de percentual de participação para a radiotelevisão inferior ao estabelecido para a editoria. A disciplina nacional da editoria fixou, com fulcro na Lei n. 67, de 25 de fevereiro de 1985, o limite de vinte por cento para a caracterização de posição dominante no setor.

Foi considerada inadequada uma disciplina mais rigorosa e restritiva para este setor do que para o radiotelevisivo. Isso seria demonstrado também pelo fato de as impressões não serem limitadas por frequências, como no radiotelevisivo. Vale dizer: o acesso a este setor seria, naturalmente, mais difícil do que àquele. Razão pela qual o limite para a caracterização da posição dominante no setor de radioteledifusão não poderia ser superior.

A Corte declarou a inconstitucionalidade §4º, do art. 15, da Lei n. 223/1990, que fixou o percentual máximo de participação no mercado. A discricionariedade do legislador não foi negada, mas foi afirmada a impossibilidade, em qualquer caso, do resultado final permitir a concentração de um quarto de todas as redes nacionais ou um terço de todas as redes privadas no âmbito nacional com um único sujeito. O valor constitucional do pluralismo, expresso no art. 21 da Constituição, deveria ser considerado regra de imediata aplicação.²⁵⁷⁻²⁵⁸

²⁵⁷ “15. Si impone quindi – per le ragioni finora esposte (e rimanendo assorbita la verifica degli altri parametri invocati dal giudice rimettente) – la dichiarazione di incostituzionalità del quarto comma dell’art. 15 cit. nella parte relativa alla radiodiffusione televisiva.

Com la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 15, comma 4, **il valore del pluralismo, espresso dall’art. 21 Cost., si specifica già, come regola di immediata applicazione, nel divieto** – in rapporto all’attuale assetto complessivo del settore televisivo – di titolarità di tre concessioni di reti nazionali su nove assentibili a privati (o dodici in totale) ovvero di titolarità del 25% del numero complessivo delle reti previste, mentre rimane nella discrezionalità del legislatore disegnare la nuova disciplina positiva di tale limite per colmarne la sopravvenuta mancanza.

Limite che dovrà essere rispettoso della regola suddetta e dell’esigenza costituzionale, ad essa sottesa, di necessaria tutela del pluralismo delle você sicchè, **qualunque sia la combinazione dei parametri adottati, nos sarà, allo stato, in alcun caso, possibile che la resultante finale sia tale da consentire che un quarto**

Em diversas decisões anteriores, a Corte Constitucional italiana diferenciou o *pluralismo externo*, relacionado ao incremento da participação no mercado disciplinado de modo a evitar monopólio ou oligopólio, do *pluralismo interno*, associado ao acesso de múltiplas visões de mundo no interior de um transmissor. O Acórdão n. 155, de 24 de abril de 2002, orbida a discussão do pluralismo interno.

A lei que impôs aos emissores radiotelevisivos a paridade entre as forças políticas nos programas de comunicação política tanto durante as campanhas quanto nos períodos não eleitorais teve o exame de sua constitucionalidade submetido à Corte. O juízo *a quo* entendeu que a disciplina legal, ao impedir o emissor de qualificar-se por meio da afirmação da própria orientação, violaria os arts. 3º e 21º da Constituição.²⁵⁹

A Corte italiana reiterou o direito do cidadão à completa e objetiva informação. O direito à informação garantido pelo art. 21 seria qualificado e caracterizado pelo pluralismo de fontes, pela imparcialidade dos dados fornecidos, pela completude, pela correção, pela continuidade da atividade informativa e seria necessário avaliar se o simples *pluralismo externo* seria suficiente a garantir a efetividade dessa norma.

Reiterou-se manifestação anterior no sentido do dúplice aspecto do pluralismo constitucionalmente tutelado (externo e interno). Por conseguinte, a existência de diversos transmissores no setor, por si só, não seria garantia bastante da satisfação dos fins objetivados pela Constituição.

Quanto à suposta violação dos arts. 3º e 21, a Corte salientou a existência de deveres decorrentes do regime de concessão. Na oportunidade, exemplificou com a imposição legal

di tutte le reti nazionali (o un terzo di tutte le reti private in ambito nazionale) sia concentrata in un unico soggetto. Ferma, quindi, la esclusione di un limite percentuale pari ad un quarto delle reti complessivamente disponibili, di per sè atto a consentir la ripartizione della emittenza privata fra una rosa ristrettissima di forti concentrazioni oligopolistiche, spetterà al legislatore – che sollecitamente dovrà intervenire – emanare una nuova disciplina della materia con forme a Costituzione, individuando i nuovi indici di concentrazione consentita e scegliendo tra le ipotesi normative possibili (come, ad esempio, riducendo il limite numerico delle reti concedibili ad uno stesso soggetto ovvero ampliando, ove l'evoluzione tecnologica lo renda possibile, il numero delle reti complessivamente assentibili.

Peraltro, come già si è osservato, la dichiarazione di incostituzionalità **non determina un vuoto di disciplina**, vuoto che significherebbe un arretramento verso la mancanza di alcun limite alla titolarità di plurime concessioni. Rimane infatti pienamente efficace il decreto legge 323/93, e quindi **resta ferma nel periodo di transizione – e limitatamente a tale periodo – la provvisoria legittimazione dei concessionari già assentiti con d.m. 13 agosto 1992 a proseguire nell'attività di trasmissione con gli impianti censiti**" (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 420, de 5 de dezembro de 1994**, grifos nossos. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1994/0420s-94.html>>. Acesso em: 28 jan. 2019).

²⁵⁸ A Corte Constitucional admitiu a legitimidade de concessionários já aprovados em período de transição, como demonstra o último parágrafo da transcrição da decisão na nota acima.

²⁵⁹ Outras duas questões foram suscitadas: uma relacionada à limitação de propaganda eleitoral não existente para a imprensa e outra sobre o reembolso de mensagens eleitorais nacionais ausente nas locais (ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 155, de 24 de abril de 2002**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/2002/0155s-02.html>>. Acesso em: 28 jan. 2019). Essas duas questões não relacionadas ao pluralismo interno não serão apreciadas.

aos emissores privados no âmbito local de dedicarem certo número de horas às problemáticas sociais da sua região. No mesmo sentido, aos emissores privados de âmbito nacional seria imposta a obrigação de transmitir telejornais e a esses dedicar um determinado número mínimo de horas.

As limitações relativas às manifestações políticas também decorreriam do regime jurídico que impunha a satisfação de necessidades sociais. Elas encontrariam respaldo em normas constitucionais que tutelariam os bens de interesse geral. A especial proteção a um delicado momento da vida democrática do País, como é o eleitoral, respaldaria a norma cuja constitucionalidade foi questionada. A garantia de paridade de oportunidade aos sujeitos asseguraria o pluralismo substancial a completar o pluralismo externo.

Por essas razões, a Corte Constitucional entendeu não fundada a questão e, conseqüentemente, reconheceu a constitucionalidade da disposição legal que impôs a paridade de acesso aos meios de informação durante as campanhas eleitorais, referendos e em comunicações políticas.

Pouco depois, mais uma vez a matéria foi submetida à Corte Constitucional, que proferiu outra decisão sobre radiotelevisão com repercussão: o Acórdão n. 466, de 20 de novembro de 2002. Este julgado apreciou a constitucionalidade de dispositivos da Lei n. 249, de 31 de julho de 1997, que instituiu a Autoridade para as garantias nas comunicações.

Não foi previsto um termo final certo e improrrogável para um período transitório, já examinado quando do Acórdão n. 420/1994. O prolongamento da situação transitória não se refletiu, no entender da Corte, na promoção do pluralismo informativo externo, um imperativo inexorável de sua jurisprudência. Não sendo considerado suficiente o mero concurso entre pólo público de transmissores e o pólo privado, impunha-se a mudança de modo a garantir o valor constitucionalmente tutelado.

Ao discorrer acerca da Sentença n. 466 de 2002, Marco Cuniberti destaca o fato dela salvaguardar o princípio do pluralismo. Na oportunidade, não se admitiu o prolongamento de um regime transitório. A Corte acolheu a questão constitucional e fixou uma data limite a partir da qual não estaria garantida a frequência, restando ao interessado a transmissão por satélite ou cabo. Assim procedendo, ao legislador seria assegurado tempo razoável para intervir.²⁶⁰

O art. 15 da Lei n. 223/1990 foi revogado pelo art. 54 do Decreto Legislativo n. 177,

²⁶⁰ CUNIBERTI, Marco. *Televisione e posizioni dominante*. In: CUNIBERTI, Marco; LAMARQUE, Elisabetta; TONELETTI, Bruno; VIGEVANI, Giulio Enea; SCHLEIN, Maria Paola Viviani. **Percorsi di diritto dell'informazione**. 2. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2006, p. 264-266.

de 31 de julho de 2005. Esta norma disciplinou a tutela da concorrência e do mercado em seu Título VI, e dispôs especificamente a respeito de posição dominante no sistema de comunicação em seu art. 43. Em conformidade com a jurisprudência da Corte Constitucional, no art. 43, 7, foi reduzido o percentual de participação no mercado não caracterizador de posição dominante.

A experiência italiana foi rica na discussão de monopólios e oligopólios dos meios de comunicação. A constante judicialização foi revelando limitações do monopólio ²⁶¹ para a satisfação dos objetivos constitucionais e conduziu ao sistema misto, com emissores públicos e privados. Esta evolução, contudo, ainda desafia a efetividade do pluralismo nos meios de comunicação, tanto interno quanto externo.

Para os fins deste trabalho, a discussão do pluralismo externo merece destaque. O incremento do número de emissores é fundamental para o acesso do cidadão à verdade. Como afirmado anteriormente ²⁶², o considerado verdadeiro é resultante da construção dos emissores da mensagem e a própria compreensão desta, do valor positivo ou negativo do fato, varia conforme o contexto. Qualidades da informação mencionadas pela Corte Constitucional italiana (objetividade, imparcialidade e outros) não escapam desse fato. Assim, o cidadão terá menores condições de atingir a adequada compreensão da sua realidade quando verificada a concentração do número de emissores de informação.

A informação é essencialmente parcial. O acesso à informação verdadeira passa, reitere-se, pela diversificação dos emissores de *verdades parciais* e não se esgota nem é satisfeita com o discurso monológico de um único meio de comunicação ou de poucos. Após a queda do monopólio estatal e adoção do sistema misto, a discussão acerca de *posições dominantes* no setor de comunicação passa a ser uma evidente prioridade para a efetividade do acesso à informação.

A diversidade de fontes de informação, com perspectivas diferentes, competindo pela atenção e convencimento do público, é algo reiteradamente afirmado como positivo. A diversidade de emissores pode levar em conta o aspecto econômico ²⁶³, mas não só este. É possível entrever situação em que a preocupação com o aspecto econômico se confunde com o ideológico: trata-se da caracterização do poder de mercado. ²⁶⁴

O poder de mercado apto a justificar uma ação voltada à garantia da concorrência

²⁶¹ Saliente-se que as considerações feitas não abordaram um problema grave (não específico do monopólio estatal): a orientação partidária de canais públicos pelo governante do momento.

²⁶² Acerca da relação entre a verdade e fluxo informativo, leia-se a seção 3.4.1.

²⁶³ Aspecto examinado na seção 3.4.

²⁶⁴ Acerca do poder de mercado, leia-se a seção 3.3.5.

pode ser baseado em parâmetro diferenciado ao serem considerados veículos de comunicação social. Essa possibilidade se justifica por se extrapolar nesse campo o aspecto puramente econômico e se adentrar no campo da influência ideológica, com todos os diversos reflexos sociais importantes, notadamente no campo político e da efetividade da democracia de um país.

Na experiência italiana, observa-se a aplicação de parâmetros distintos para a caracterização do poder de mercado. Enquanto em outras atividades econômicas além da participação no mercado é exigida uma prática anticompetitiva, no campo da comunicação social, a *simples participação* acima de determinado percentual é suficiente para caracterizar o poder de mercado. Vale dizer, a participação excessiva, por si só, é abusiva.

Marco Cuniberti discorre acerca do assunto informando que a legislação antitruste em matéria radiotelevisiva apresenta substanciais diferenças quando comparada à disciplina geral da concorrência disciplinada pela Lei n. 287/1990²⁶⁵. Primeiramente, a lei sobre concorrência não vedaria a simples *aquisição de posição dominante*, mas apenas o abuso para impedir ou distorcer a concorrência no setor.²⁶⁶

A legislação a disciplinar os meios de comunicação, diversamente, desde a lei sobre editoria de 1981, é muito mais rigorosa ao vetar a conquista de posição dominante em si mesma. A aquisição de posição dominante, independentemente de abuso, pode colocar em perigo o pluralismo informativo. Disso resulta a restrição legal à posição dominante independentemente de uma ação comprovada voltada ao predomínio abusivo no setor.²⁶⁷⁻²⁶⁸

²⁶⁵ Roberto Zaccaria, Alessandra Valastro e Enrico Albanesi destacam que a norma italiana especificamente dirigida à tutela da concorrência (Lei n. 287/1990) é simétrica à disciplina comunitária (Reg. CEE n. 4.064/1989 seguido do Reg. CEE n. 139/2004) (ZACCARIA, Roberto; VALASTRO, Alessandra; ALBANESI, Enrico. **Diritto dell'informazione e della comunicazione**. 8. ed. Milão: CEDAM, 2013, p. 527-529).

²⁶⁶ Gianluca Gardini, ao discorrer sobre pluralismo e concorrência, também defende a necessidade de se aplicar uma disciplina mais rigorosa nesse setor “Rispetto agli settori economici, il sistema delle comunicazioni di massa è sottoposto a una disciplina *antitrust* speciale, che va a sommarsi alla disciplina generale *antitrust* dettata dalla legge n. 287/1990, e che «dovrebbe essere più rigorosa, in quanto volta a garantire il pluralismo delle idee mediante l'accesso al mercato del maggior numero possibili di soggetti e portatori delle diverse tendenze politiche, culturali e sociali» (GARDINI, Gianluca. **Le regole dell'informazione: dal cartaceo al bit**. 3. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 24).

²⁶⁷ “**La legislazione antitrust in materia radiotelevisiva presenta sostanziali differenze rispetto alla disciplina generale della concorrenza e del mercato**, dettata, sulla scorta delle previsioni comunitarie, dalla l. n. 287 del 1990. In primo luogo, infatti, la legge sulla concorrenza del 1990, coerentemente con i principi comunitari, non vieta la semplice acquisizione di posizione dominante, ma solamente l'«abuso» che taluno ne faccia per impedire o falseare il gioco della concorrenza: **la legislazione in materia di comunicazione di massa**, invece, sin dalla l. n. 416 del 1981 sull'editoria, **è improntata al ben più rigoroso principio per cui è il raggiungimento della posizione dominante in sé ad essere vietato**. La differenza è comunque spiegata osservando che nel caso della disciplina delle comunicazioni di massa non si tratta solo di garantire la libertà di concorrenza (desumibile dall'art. 41 della Costituzione), ma anche di salvaguardare le condizioni di un assetto pluralistico del mercato dei *media* (richiesto dall'art. 21 della Costituzione), e che anche la semplice esistenza di posizioni dominanti – indipendentemente dall'abuso – potrebbe mettere a rischio il pluralismo

Roberto Zaccaria, Alessandra Valastro e Enrico Albanesi enfatizam a mesma característica. A repressão decorrente da definição de posição dominante contida na Lei n. 416/81 independeria do prejuízo à concorrência.²⁶⁹

Além desta diferença, Marco Cuniberti destaca a rigidez da disciplina dos meios de comunicação quando comparada com a flexibilidade das normas gerais sobre competição no mercado. No lugar da opção por regras gerais, a proibição de posição dominante relativa aos meios de comunicação fixou limites de percentuais de participação no mercado rígidos para a sua caracterização.²⁷⁰

Esta diferenciação estava prevista no art. 4º da Lei n. 416, de 5 de agosto de 1981²⁷¹.

dell'informazione" (CUNIBERTI, Marco. Op. cit., p. 257-258, grifos nossos).

²⁶⁸ Ana Paula Chudzinski Tavassi também identificou o duplo caráter da defesa da concorrência no campo das comunicações sociais. Ela destaca "o econômico e o político social, em outras palavras, a defesa de um mercado competitivo simultaneamente à defesa da democracia, materializada na diversidade e pluralidade dos meios de comunicação, no caso, televisivos" (TAVASSI, Ana Paula Chudzinski. Regulação da mídia e Direito da Concorrência no Brasil: a interface entre democracia e concorrência no mercado televisivo brasileiro. *In: Revista de Defesa da Concorrência*, [S.l.], vol. 3, n. 1, p. 206-232, mai. 2015. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/161/100>>. Acesso em: 15 fev. 2019).

²⁶⁹ ZACCARIA, Roberto; VALASTRO, Alessandra; ALBANESI, Enrico. *Op. cit.*, p. 549-551.

²⁷⁰ "Um'ulteriore differenza rispetto alla disciplina generale della concorrenza è data dal fatto che **quest'ultima configura un modello «flessibile»**" (Ramajoli, 294 ss.), imperniato sulla fissazione di regole generale (divieto di intese e di operazione dominante), che spetta all'Autorità per la concorrenza e il mercato concretizzare rispetto ai singoli casi: **il divieto di posizione dominante introdotto dalla l. n. 249 presenta invece una notevole rigidità**, in quanto, come si è visto, i criteri per la sua applicazione non sono fissati mediante clausole generali, bensì **attraverso la fissazione di limiti percentual riferiti alla raccolta delle risorse** (Di Via, Schininà, Barbieri)" (CUNIBERTI, Marco. Op. cit., p. 258, grifos nossos).

²⁷¹ "Art. 4. **Concentrazioni nella stampa quotidiana.**

Gli atti di cessione di testate nonché di trasferimento fra vivi di azioni, partecipazioni o quote di proprietà di aziende editrici di giornali quotidiani e i contratti di affitto o affidamento in gestione delle testate sono nulli ove per effetto del trasferimento o dei contratti di affitto o affidamento in gestione l'avente causa venga ad assumere **una posizione dominante nel mercato editoriale.**

Si considera dominante la posizione di una impresa allorquando, per effetto di un trasferimento di azioni, partecipazioni o quote di proprietà, di cessione, di affitto o di affidamento in gestione della testata, i giornali quotidiani editi dalla medesima, o da imprese controllate o che la controllano o ad essa collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, abbiano tirato nel precedente anno solare **oltre il venti per cento** delle copie complessivamente tirate dai giornali quotidiani in Italia.

Si considera altresì dominante, ai sensi e per gli effetti del presente articolo, la posizione dell'impresa che viene in possesso o che si trova a controllare, per effetto di trasferimento di azioni, partecipazioni o quote di proprietà, ovvero di affitto o affidamento in gestione della testata, un numero di testate:

a) superiore al cinquanta per cento di quelle edite nell'anno solare precedente e aventi luogo di pubblicazione, determinato ai sensi dell'articolo 2 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, nell'ambito di una stessa regione e sempre che vi sia più di una testata;

b) che abbiano tirato nell'anno solare precedente oltre il cinquanta per cento, delle copie complessivamente tirate dai giornali quotidiani aventi luogo di pubblicazione nella medesima area interregionale. Ai fini del presente comma si intendono per aree interregionali quella del nord-ovest, comprendente Piemonte, Valle di Aosta, Lombardia e Liguria; quella del nord-est, comprendente Trentino-Alto Adige, Veneto, Friuli-Venezia Giulia ed Emilia-Romagna; quella del centro, comprendente Toscana, Marche, Umbria, Lazio e Abruzzi; quella del sud comprendente le rimanenti regioni" (Lei n. 416, de 5 de agosto de 1981, grifos nossos. Disponível em:

<<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1HIQNxCX2lkJ:https://www.fnsi.it/upload/9b/9bf31c7ff062936a96d3c8bd1f8f2ff3/1d8b44e75823b27eef7def7aee2c6258.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 21 jan. 2019).

²⁷². A participação no ano anterior com mais de vinte por cento no mercado foi considerado posição dominante. Também foi considerada dominante a posição da empresa que possui ou controla mais de cinquenta por cento dos títulos publicados no ano civil anterior dentro de determinadas regiões especificadas. Vale dizer, em uma região específica, uma empresa poderia ter uma participação elevadíssima no mercado de uma região (não superior a cinquenta por cento), desde que não superior à vinte por cento do país.

Posteriormente, a concentração na imprensa foi disciplinada pela Lei n. 67, de 25 de fevereiro de 1987, que revogou o art. 4º da Lei n. 416/81, mas manteve a disciplina do limite de participação no mercado diferenciado para a Itália e para uma região específica ²⁷³⁻²⁷⁴. A

²⁷² A Lei n. 416/81 foi modificada em várias disposições pela Lei n. 62, de 7 de março de 2001.

²⁷³ “**Art. 3. Concentrazioni nella stampa quotidiana.**

1. **Si considera dominante nel mercato editoriale** la posizione del soggetto che, per effetto degli atti di cui ai commi 4 e 5 del presente articolo:

a) giunga ad editare o a controllare società che editano testate quotidiane la cui tiratura, nell'anno solare precedente, abbia **superato il 20 per cento della tiratura complessiva dei giornali quotidiani in Italia**; ovvero

b) [giunga ad editare o a controllare società che editano un numero di testate **superiore al 50 per cento di quelle edite nell'anno solare precedente e aventi luogo di pubblicazione**, determinato ai sensi dell'articolo 2 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 **nell'ambito di una stessa regione** e sempre che vi sia più di una testata; ovvero]

c) giunga ad editare o a controllare società che editano un numero di testate che abbiano tirato nell'anno solare precedente **oltre il 50 per cento delle copie complessivamente tirate dai giornali quotidiani aventi luogo di pubblicazione nella medesima area interregionale**. Ai fini della presente disposizione si intendono per aree interregionali quella del nord-ovest, comprendente Piemonte, Valle d'Aosta, Lombardia e Liguria; quella del nord-est, comprendente Trentino-Alto Adige, Veneto, Friuli-Venezia Giulia ed Emilia Romagna; quella del centro, comprendente Toscana, Marche, Umbria, Lazio e Abruzzo; quella del sud, comprendente le rimanenti regioni; ovvero

d) diventi titolare di collegamenti con società editrici di giornali quotidiani la cui tiratura sia stata superiore, nell'anno solare precedente, al **30 per cento della tiratura complessiva dei giornali quotidiani in Italia**.

2. Il controllo è definito ai sensi del primo comma dell'articolo 2359 del codice civile nonché ai sensi dell'ottavo comma dell'articolo 1 della legge 5 agosto 1981, n. 416, come modificato dalla presente legge. I rapporti di cui al richiamato ottavo comma dell'articolo 1 sono rilevanti ai fini della individuazione della posizione di controllo, anche quando sono posti in essere nei confronti della società editrice da parte di società direttamente o indirettamente controllate. Il collegamento è definito ai sensi del secondo comma dell'articolo 2359 del codice civile. Ai fini della individuazione della posizione di collegamento, è rapporto di collegamento anche quello che si realizza attraverso una società direttamente o indirettamente controllata.

3. Le disposizioni del precedente comma 2 costituiscono interpretazione autentica del secondo e terzo comma dell'articolo 4 della legge 5 agosto 1981, n. 416. Le disposizioni di cui al comma 1 del presente articolo si applicano alle operazioni realizzate dopo l'entrata in vigore della legge 5 agosto 1981, n. 416.

4. Gli atti di cessione, i contratti di affitto o affidamento in gestione di testate, nonché il trasferimento tra vivi di azioni, partecipazioni o quote di società editrici sono nulli ove, per loro effetto, uno stesso soggetto raggiunge **la posizione dominante** di cui al comma 1.

5. Quando per effetto di atti diversi da quelli previsti dal precedente comma 4 o per effetto di trasferimento tra vivi di azioni, partecipazioni o quote di società diverse da quelle editrici, un soggetto raggiunga una posizione che il Garante ritiene dominante, lo stesso Garante ne informa il Parlamento e **fissa un termine non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, entro il quale deve essere eliminata tale posizione**. Il servizio dell'editoria comunica tempestivamente al Garante le informazioni ricevute e i dati acquisiti sugli atti e sui trasferimenti rilevanti ai fini della applicazione del presente comma.

6. Alla scadenza del termine fissato, il Garante **richiede al tribunale competente l'adozione dei provvedimenti necessari per l'eliminazione della situazione di posizione dominante, compresi, se necessari, l'annullamento degli atti in questione e la vendita forzata di azioni, partecipazioni, quote o testate**. Quando il Garante richiede la vendita forzata di testate, il cancelliere deve darne immediata

novel disciplina italiana dispôs, inclusive, acerca do prazo de eliminação da posição dominante.

Note-se que tanto na primeira disciplina legal quanto na segunda, o que se considera é a conquista da posição dominante, independentemente de ações destinadas a prejudicar de algum modo eventuais concorrentes. Paolo Caretti destaca que o conceito de posição dominante no mercado da informação define o grau mínimo de pluralismo salvaguardado ²⁷⁵. A Lei n. 287/1990 ²⁷⁶, que sucedeu a legislação sobre editoria, teria sido a primeira tentativa

comunicazione alle rappresentanze sindacali aziendali dell'impresa editrice. Deve successivamente comunicare l'avvenuta aggiudicazione e le relative condizioni alle suddette rappresentanze sindacali ovvero alla cooperativa o al consorzio costituiti a norma del primo e secondo comma dell'articolo 6 della legge 5 agosto 1981, n. 416. La cooperativa o il consorzio hanno diritto di prelazione sull'acquisto delle testate a parità di condizioni. Il diritto di prelazione deve essere esercitato entro trenta giorni dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione.

7. Quando per effetto di trasferimento a causa di morte uno stesso soggetto raggiunga la posizione dominante di cui al primo comma si applicano le disposizioni dei precedenti commi 4, 5 e 6.

8. Le imprese editrici di cui ai commi precedenti perdono il diritto a godere delle provvidenze ed agevolazioni previste dalla presente legge per il periodo durante il quale sussiste la posizione dominante.

9. L'impresa che, per espansione delle vendite o per nuove iniziative, giunga ad editare o controllare società editrici che editino giornali quotidiani, la cui tiratura annua superi un terzo delle copie complessivamente tirate dai giornali quotidiani in Italia, perde per l'anno solare successivo a quello in cui abbia superato tale limite il diritto a tutte le provvidenze ed agevolazioni di cui alla presente legge.

10. Il Garante di cui all'articolo 8 della legge 5 agosto 1981, n. 416, deve presentare domanda al tribunale competente:

a) ai fini dell'eventuale dichiarazione di nullità quando riscontra che si verificano le condizioni di cui al precedente comma 4;

b) domanda di adozione dei provvedimenti necessari quando riscontra che si verificano le condizioni di cui al precedente comma 5.

11. L'azione di nullità di cui al precedente comma 10 può essere altresì proposta da qualsiasi persona fisica o giuridica.

12. Su richiesta motivata del Garante il tribunale decide entro 15 giorni sull'adozione dei provvedimenti di urgenza che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

13. E' competente il tribunale del luogo presso il quale è stata registrata la testata ceduta o della quale si sia acquisito il controllo o il collegamento. In caso di più giornali è competente il tribunale del luogo ove è registrato il giornale con la più alta tiratura. La suddetta competenza territoriale è inderogabile. I giudizi relativi allo stesso oggetto debbono essere riuniti. Il tribunale dispone la pubblicazione, nelle forme di cui all'articolo 2 della legge 5 agosto 1981, n. 416, dell'avvenuta proposizione delle azioni di cui al comma 10 del presente articolo.

14. L'articolo 4 della legge 5 agosto 1981, n. 416, è abrogato” (Lei n. 67, de 25 de fevereiro de 1987, grifos nossos. Disponível em: <http://www.edizionieuropee.it/LAW/HTML/51/zn90_01_015.html>. Acesso em 21 jan. 2019).

²⁷⁴ Roberto Zaccaria, Alessandra Valastro e Enrico Albanesi informam que a Lei n. 67/1987 integrou a lei precedente, que oferecia dificuldades quando da aplicação de sanções (ZACCARIA, Roberto; VALASTRO, Alessandra; ALBANESI, Enrico. **Diritto dell'informazione e della comunicazione**. 8. ed. Milão: CEDAM, 2013, p. 550-551).

²⁷⁵ “...si propone fissare delle soglie massime (nasce cos`il concetto di «posizione dominante» sul mercato dell'informazione, che definisce, in altre parole, il grado minimo di pluralismo che va comunque salvaguardato), oltre le quali non è consentito spingersi” (CARETTI, Paolo. **Diritto dell'informazione e della comunicazione**: stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema. 5. ed. Bologna: il Mulino, 2013, p. 87).

²⁷⁶ Paulo Caretti desenvolve algumas considerações acerca das quatro principais leis que disciplinaram a participação no mercado de comunicação: Lei n. 416/1981, Lei n. 67/1987, Lei n. 223/1990 e Lei n. 249/1997 (Ibid., p. 91-94).

Paulo Caretti e Giovanni Tarli Barbieri discorrem a respeito dos meios de comunicação italianos e da

séria de combinar os interesses constitucionalmente protegidos, tanto a livre iniciativa quanto a liberdade de manifestação do pensamento. Buscou-se a harmonização por meio de soluções que formalmente necessitam de institutos típicos das normas antitruste aplicadas à atividade econômica em geral conjugados com as especificidades da informação e do valor que esta assume no sistema constitucional.²⁷⁷

O problema ainda está em aberto. Paolo Caretti assevera inexistir dúvidas de que, em uma imaginária escala hierárquica, a conciliação entre exercício da liberdade de iniciativa econômica e a liberdade de pensamento está no cume. Do fenômeno novo que se tem enfrentado, com a emergência de novos sujeitos (não mais o Estado) a ameaçar a liberdade de manifestação do pensamento, coloca-se em evidência um sujeito que tradicionalmente marginalizado: o cidadão.²⁷⁸

Conforme Paolo Caretti e Giovanni Tarli Barbieri, a Lei n. 112/2004, princípios postos para tutelar o pluralismo pela nova lei de regência do sistema de comunicação objetivam racionalizar a legislação formada por sucessivas estratificações, baseada em uma visão compartimentada de vários segmentos que, hodiernamente, são orientados pela convergência. O limite de participação passou a ser norteado por um sistema integrado de comunicação (SIC) e, considerando as atividades de rádio e televisão, produção e distribuição de conteúdos para programas, entre outros aspectos, fixou normas ainda mais restritivas que a legislação anterior²⁷⁹. Trata-se de outro avanço importante para o controle da participação abusiva no mercado.

Além dessa limitação, a nova legislação também prevê, após a elaboração de plano nacional de atribuição de frequências, a proibição relativa ao número de programas de rádio e

disciplina antitruste, destacando-se a nova lei sobre o sistema: Lei n. 112/2004 (CARETTI, Paolo; BARBIERI, Giovanni Tarli. **I diritti fondamentali**: libertà e diritti social. 4. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 422-458).

²⁷⁷ CARETTI, Paolo. **Diritto dell'informazione e della comunicazione**: stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema. 5. ed. Bologna: il Mulino, 2013, p. 87.

²⁷⁸ Ibid., p. 97.

²⁷⁹ “La revisione di questo complesso normativo si traduce essenzialmente nella previsione (art. 43, commi 9 e 10) di un unico limite *ex ante*, con verifica *ex post*, rappresentato dalla quota del 20% del totale dei proventi ricavabili da c.d. sistema integrato della comunicazione (SIC), nel quale confluiscono l'attività radiotelevisiva, quella di produzione e distribuzione di contenuti per programmi radiotelevisivi e radiofonici di qualunque forma tecnica, l'editoria quotidiana, periodica, libraria, elettronica, anche mediante *Internet*, nonché l'attività di intermediazione pubblicitaria. Tale limite scende al 10% per quelle imprese di telecomunicazione i cui ricavi siano superiori al 40% rispetto al totale dello specifico mercato. Il compito di assicurare il rispetto di tale limite è affidato all'Autorità di settore, cui spetta l'opera di monitoraggio dell'andamento del mercato della comunicazione, di determinare al suo interno i mercati rilevanti, secondo la normativa comunitaria, di verificare (agendo d'ufficio o su segnalazione di chi vi abbia interesse) l'eventuale costituzione di posizioni dominanti nel sistema integrato della comunicazione e nei singoli mercati che lo compongono e, se del caso, di adottare provvedimenti di pubblico richiamo, nonché, successivamente, eventuali misure sanzionatorie, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2, comma 2, legge n. 249/1997” (CARETTI, Paolo; BARBIERI, Giovanni Tarli. **Op. cit.**, p. 436).

televisão distribuídos ²⁸⁰. Trata-se de outra face do mesmo problema. Se uma empresa produzisse o conteúdo exibido por diferentes empresas de radiotelevisão e atingisse um percentual elevadíssimo de participação no mercado, o problema do controle da informação permaneceria, apenas deslocado da empresa de radiodifusão para a empresa produtora dos programas exibidos.

O conceito diferenciado de posição dominante, mesmo sem explícita referência, evidencia o duplo propósito no âmbito da comunicação social: controle do poder econômico e do poder ideológico. Apesar de não se ter uma explícita afirmação, em um esforço analítico, observa-se que doutrina, legislação e jurisprudência convergem para o desenvolvimento de mais um *sistema de controle de poder*. No caso brasileiro, a teleologia da norma depreendida do art. 220, §5º, da CF revela o propósito de introduzir, imediatamente no texto constitucional, a referência básica deste sistema de controle, que se integra à separação de poderes, à forma federativa de Estado. Enquanto estes princípios oferecem parâmetros de controle do poder político, aquele dispositivo oferecerá uma referência normativa básica para o controle dos poderes econômico e ideológico.

A evolução italiana no trato da matéria fornece outros dados elementos para o delineamento de um sistema de controle jurídico do poder no campo da comunicação social. Primeiramente, a exemplo do que já ocorre no Brasil, a participação do Estado concorrendo com meios de comunicação privados oferece um controle recíproco importante para a promoção do pluralismo informativo.

Alexandre Sankiewicz, ao discorrer sobre a experiência europeia, também faz observações a respeito da perda de controle recíproco quando existe o monopólio estatal. Como aspecto positivo, ele destaca a possibilidade de não serem impostos critérios baseados no consumo e na rentabilidade. Sob outro prisma, a administração direta pelo Estado implicaria em um retrocesso nos modelos políticos ocidentais, que distinguiriam esfera do livre pensamento da imposição estatal. De acordo com o autor, o monopólio estatal da TV aberta, em vários países democráticos da Europa, serviu para ilustrar como o controle dos meios de comunicação pode minar a capacidade da mídia de expor os desvios das autoridades

²⁸⁰ “Oltre a questo limite, se ne prevede un altro, questa volta *ex ante* (art. 43, commi 7 e 8), per ciò che attiene al numero di programmi radiotelevisivi, destinato peraltro ad operare solo successivamente alla completa attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze radiofoniche e televisive in tecnica digitale: solo allora scatterà il divieto per uno stesso soggetto di diffondere più del 20% dei programmi radiofonici o televisivi irradiabili su frequenze terrestri in ambito nazionale. Nel frattempo, viene confermato lo *status quo* degli attuali concessionari, con possibilità di ulteriore conferma alla luce delle risultanze della verifica, rimessa all'Autorità per garanzie nelle comunicazioni e da compiere entro un anno, dell'offerta complessiva di programmi televisivi in tecnica digitale e dell'avvenuto o meno ampliamento delle offerte di programmi e del pluralismo nel settore televisivo” (CARETTI, Paolo; BARBIERI, Giovanni Tarli. **Op. cit.**, p. 436).

governamentais e implicar em censura e concentração do poder político.²⁸¹

Ainda de acordo com o autor, o fato de o modelo europeu de radiodifusão, originalmente fundado no monopólio estatal, não ter perdurado sugere que a idealização de um modelo de comunicação social fundado exclusivamente no setor público é equivocada. A abertura teria ocorrido com a insatisfação da própria população relativamente à falta de opções relacionada ao controle centralizado, bem como ao uso político desses veículos. Sem prejuízo disso, nenhuma democracia ocidental teria confiado puramente no mercado de comunicação social para produzir bons fóruns públicos.²⁸²⁻²⁸³

Além disso, a adoção de parâmetros diferenciados para a caracterização de posição dominante neste setor põe em evidência a especificidade do abuso no campo das ideias. Como afirmado em outra passagem deste trabalho, o hiperdimensionado de um discurso produz um *efeito silenciador* sobre discursos igualmente legítimos e concorrentes. Deste modo, a qualificação jurídica diferenciada neste campo, de modo a ser caracterizado o abuso independentemente de uma ação voltada a impedir ou dificultar o ingresso de concorrentes, e a convergência das atividades dos participantes deste mercado são, também, elementos a serem considerados para um sistema de controle do poder.

3.4.5.4 O caso argentino e o enfrentamento da concentração da propriedade dos meios de comunicação

A *Constitución de la Nación Argentina* não possui um dispositivo equivalente ao art. 220, § 5º, da Constituição brasileira. No art. 42 da Constituição argentina²⁸⁴, encontra-se a defesa da concorrência contra toda forma de distorção dos mercados, sem uma destinação

²⁸¹ SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 210.

²⁸² SANKIEVICZ, Alexandre. **Op. cit.**, p. 68-70.

²⁸³ Gianfranco Pasquino, sobre a orientação política das emissoras, especificamente sobre o caso italiano, informa que as três redes televisivas integrantes da RAI eram divididas entre três partidos: DC, PSI e PCI. Até o momento, três princípios fundamentais para a reforma do sistema de comunicação de massa continuam não satisfeitos: imparcialidade, pluralidade e competitividade (PASQUINO, Gianfranco. **La costituzione in trenta lezioni**. Turim: UTET, 2015, p. 61-62).

²⁸⁴ Art. 42. - Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

específica para os meios de comunicação social. Apesar disso, baseados naquela, conseguiu-se promover uma disciplina jurídica que atingiu profundamente o problema da concentração da propriedade dos meios de comunicação e o correlato problema do hiperdimensionamento do controle ideológico de um grupo.

A experiência argentina relativa à concentração da propriedade dos meios de comunicação teve grande repercussão no Brasil e, considerando a apreciação feita por sua Corte Suprema, fornece subsídios importantes ao exame da questão constitucional envolvida. O caso argentino é importante tanto por seu valor histórico (que não será objeto central deste trabalho) quanto por oferecer uma alternativa para a superação do problema com base em direitos também assegurados pela CF.

A Constituição argentina, assim como a brasileira, protege amplamente o direito de liberdade. Desde o seu Preâmbulo até o final, passando por suas diversas disposições, vê-se a ampla proteção do direito à liberdade. No Primeiro capítulo, relativo a declarações, direitos e garantias, constam vários exemplos. O art. 14 é explícito ao reconhecer o direito de publicar ideias por meio da imprensa sem censura prévia. No art. 32, é vedado ao Congresso federal produzir leis que restrinjam a liberdade de imprensa.

O art. 33 dispõe que a extensa relação de direitos previstos explicitamente é apenas exemplificativa, não significando a negação de outros direitos e garantias não enumerados, oriundos do princípio da soberania popular e da forma republicana de governo. Além disso, no que concerne à informação jornalística, a liberdade de pensamento é protegida explicitamente no art. 43 da Constituição, ao dispor acerca do segredo de fontes de informação.

O conjunto de disposições previsto na Constituição argentina, compatível com o esperado de uma república democrática, permite a ampla proteção da liberdade de pensamento. Sucede que a sua aplicação efetiva, confrontada com outros direitos, não é imune a críticas e a decisão da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* é um exemplo disso.

A conhecida Lei n. 26.522/2009 (Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, conhecida como *Ley de Medios*) foi objeto de intenso debate antes e após o seu julgamento pela CSJN. Ao final, o Tribunal reconheceu a sua constitucionalidade, mas o debate a seu respeito persistiu (v.g., Daniel Sabsay e Damián Loreti²⁸⁵).

Antes do julgamento, contextualizando-o, afirma-se que a concentração dos meios de comunicação na América Latina origina-se de uma expansão “vinculada a interesses privados

²⁸⁵ SABSAY, Daniel A.; LORETI, Damián M.. **El fallo “Grupo Clarín”**: dos puntos de vista – Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual Libertad de prensa. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.

e transnacionais, favorecidos pela fragilidade dos mecanismos de regulação e controle dos fluxos audiovisuais e de capital que cruzam fronteiras por satélites e redes infoeletrônicas”. A conformação de um padrão técnico e estético no imaginário coletivo ²⁸⁶, o controle sobre a produção, distribuição e difusão de conteúdos, políticas que favoreceram a eliminação ou a restrição da concorrência e a prevalência de interesses empresariais seriam consequências do alto grau de concentração observado. A legislação argentina é apontada como um dos exemplos de mudança deste quadro. ²⁸⁷

Especificamente sobre a experiência argentina, Victoria Bedin informa que a LSCA, que regulou o funcionamento dos meios de comunicação e a distribuição de suas licenças em todo o território argentino, foi fruto de um longo processo iniciado com a redemocratização do País, em 1983. Desde então, teria passado a existir amplo consenso social a respeito da necessidade de ser revogar a *Ley de Radiodifusión* n. 22.285/1980. Desejava-se um novo marco legal em conformidade com os valores democráticos do novo momento histórico. Apoiados nesse consenso social, os ex-Presidentes Raúl Alfonsín e Fernando de la Rúa, em 1988 e 2001, respectivamente, apresentaram projetos de lei. Não obstante a receptividade social à ideia, não se conseguiu a aprovação. ²⁸⁸

Posteriormente, foi formada a *Coalición por una Radiodifusión Democrática*, integrada por universidades, sindicatos, organizações sociais e políticas, rádios, cooperativas, pequenas e médias empresas, entre outros. Em 2004, a Coalisção elaborou os vinte e um pontos básicos para a comunicação propostos ao Executivo. Até o projeto de lei ser enviado ao Legislativo, vinte e quatro fóruns foram realizados em diferentes províncias do País. ²⁸⁹

Néstor Piccone explica o contexto histórico da produção da LSCA, vinculado a graves conflitos internos relacionados a produtos agrícolas ocorridos em 2008. Essa Lei foi o ponto culminante de um longo processo, com o objetivo de promover a multiplicidade de vozes nos meios de comunicação e eliminar o monopólio no setor. Apesar de não ter a

²⁸⁶ Atente-se para o fato de a capacidade de promover a interiorização de um padrão difundido por determinado meio de comunicação de massa é um exemplo claro de hipertrofia do poder ideológico e do risco que representa, especialmente, no campo político.

²⁸⁷ WESTRUP, Ana Carolina; MELO, Paulo Victor. Experiência de regulação da mídia na América Latina e apontamento para o caso brasileiro. **GT6: Economia Política das Comunicações**: XII Congresso de la Asociación Latinoamericana de investigadores de la Comunicación (ALAIC). Lima (Peru): ALAIC, 2014, p. 4. Disponível em: <<http://congreso.pucp.edu.pe.alaic2014/wp-content/uploads/2013/09/gt6-Westrup-Melo.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

²⁸⁸ BEDIN, Victoria. Tutela jurisdiccional del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información: el caso Clarín em Argentina. *In*: FAMIGLIETTI, Gianluca; ROMBOLI, Roberto (coord.). **La tutela dei diritti fondamentali attraverso le esperienze dei paesi di provenienza di alcuni dei partecipanti al corso di alta formazione in giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti**: atti dei seminário interni dei Corsi 2015 e 2016. Pisa: Pisa University Press, 2017, p. 23.

²⁸⁹ BEDIN, Victoria. Op. cit., p. 23-24.

capacidade de modificar as relações de força da sociedade, ela serviu para evidenciar o papel dos meios de comunicação nas relações de poder.²⁹⁰

De acordo com o autor, a supramencionada *Coalición por una Radiodifusión Democrática* foi uma experiência inédita de articulação coletiva com o propósito de dar forma a uma etapa inconclusa de uma “batalha de ideias” na Argentina, que se reuniu reiteradas vezes com a Presidente para criar uma nova lei de radiodifusão. Nesse contexto, a Presidência promovia o debate com ampla participação, reunindo diversos setores da sociedade.²⁹¹

Elaborada de modo participativo, ouvidas todas as províncias, promovidos fóruns de discussão, a proposta foi enviada ao Congresso. Uma vez encaminhada ao Legislativo, até a sua aprovação e promulgação, viu-se amplo debate (com universidades públicas e privadas, empresas do setor, setores culturais, cooperativas de serviços, centrais sindicais), incluindo-se nessa ocasião as negociações com a oposição. Com exceção dos grandes grupos empresariais do setor, de acordo com Néstor Piccone, o projeto contou com amplo apoio dos que acompanharam as reuniões.²⁹²

Ao final, em 17 de setembro de 2009, com 147 (cento e quarenta e sete) votos favoráveis e 4 (quatro) contrários, o projeto foi aprovado na Câmara de Deputados. Logo em seguida, em 10 de outubro, com 44 (quarenta e quatro) votos favoráveis e 24 (vinte e quatro) contrários, o texto foi aprovado no Senado sem alterações. No mesmo dia, mais de dezoito meses contados da proposta à aprovação no Senado, a Presidente promulgou a Lei n. 26.522/2009.²⁹³⁻²⁹⁴

A LSCA positivou aspectos importantes para o denominado *pluralismo interno*. O seu art. 4º explicita alguns conceitos utilizados ao longo do texto (v.g., produção local, produção nacional, produção própria e produtora). A alguns desses conceitos foi associado um percentual mínimo de participação de residentes, com o nítido propósito de se promover o a diversidade cultural, de se evitar que a estética de uma região, que a linguagem de uma região, que a especificidade de um local acabe se impondo, por força dos veículos de comunicação. No mesmo sentido, reservou-se um percentual da programação à produção nacional e, dentro desta, para a produção local (art. 65).

²⁹⁰ “Una ley no cambia las relaciones de fuerza de una sociedad, pero, en el caso que nos ocupa, sirvió para desnudar el dispositivo técnico, económico y político que tiene, en los medios, el más sofisticado escenario de relaciones de poder” (PICCONE, Néstor. **La inconclusa ley de médios**: la historia menos contada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Continente, 2015, p. 11-14).

²⁹¹ PICCONE, Néstor. **Op. cit.**, p. 14-15.

²⁹² *Ibid.*, p. 15-16.

²⁹³ PICCONE, Néstor. **Op. cit.**, p. 80-81.

²⁹⁴ Victoria Bedin informa um resultado diferente para a votação na Câmara dos Deputados: 146 (cento e quarenta e seis) favoráveis, 3 (três) contrários e 3 (três) abstenções (BEDIN, Victoria. *Op. cit.*, p. 24).

O controle das empresas individualmente consideradas também foi objeto de disciplina. Desse modo, ao se impedir o peso desmedido de uma pessoa sobre a vontade do veículo, tem-se outra feição do pluralismo interno, promovendo-se, no interior das empresas, a necessidade de convergência de vontades. Nesse sentido, as regras sobre os percentuais de ações com direito a voto e do capital social (art. 25, *d e e*, e art. 29) efetivam o pluralismo.

Atentando-se para a viabilidade econômica das empresas, o percentual da cobertura da programação aumentou conforme a dimensão do mercado em questão (art. 63 – texto vigente após o Dec. 267/2018 – e art. 65). Vale dizer, o percentual de emissões de estações localizadas em cidades com mais de 1.500.000 (um milhão e meio) de habitantes é menor do que o de estações situadas em cidades com menos de 600.000 (seiscentos mil) habitantes.

No sentido da efetividade do *pluralismo externo*, cumpre mencionar o art. 89. Nele se encontra a previsão de reserva para a administração do espectro radioelétrico ao Estado, às províncias, aos municípios, assim como às universidades e às pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Na redação original do art. 45 também estava previsto limites à multiplicidade de licenças e percentual máximo de habitantes contemplados pelos serviços de uma mesma empresa.

Quatro anos após a sua promulgação, antecedida de uma audiência pública ²⁹⁵, a Corte Suprema julgou a constitucionalidade da LSCA. A Corte Suprema se defrontou com variados argumentos e decidiu a matéria por maioria.

Em 29 de outubro de 2013, a CSJN decidiu o Processo n. G. 439, L.XLIX, no qual se discutiu a constitucionalidade dos arts. 41 ²⁹⁶⁻²⁹⁷, 45 ²⁹⁸⁻²⁹⁹, 48, segundo parágrafo ³⁰⁰⁻³⁰¹, 161

²⁹⁵ PICCONE, Néstor. **La inconclusa ley de médios**: la historia menos contada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Continente, 2015, p. 81-82.

²⁹⁶ “ARTICULO 41. — *Transferencia de las licencias*. Las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles.

Excepcionalmente se autoriza la transferencia de acciones o cuotas partes de las licencias luego de cinco (5) años de transcurrido el plazo de la licencia y cuando tal operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, respetando que se mantenga en los titulares de origen más del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito o por suscribirse y que represente más del cincuenta por ciento (50%) de la voluntad social. La misma estará sujeta a la previa comprobación por la autoridad de aplicación que deberá expedirse por resolución fundada sobre la autorización o rechazo de la transferencia solicitada teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos solicitados para su adjudicación y el mantenimiento de las condiciones que motivaron la adjudicación.

La realización de transferencias sin la correspondiente y previa aprobación será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada y será nula de nulidad absoluta.

Personas de existencia ideal sin fines de lucro. Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles”.

²⁹⁷ “ARTICULO 41. — Las licencias de servicios de comunicación audiovisual y las acciones y cuotas partes de sociedades licenciatarias sólo son transferibles a aquellas personas que cumplan con las condiciones de admisibilidad establecidas para su adjudicación.

Las transferencias de licencias y de participaciones accionarias o cuotas sociales sobre sociedades licenciatarias, se considerarán efectuadas ad referendum de la aprobación del ENACOM, y deberán ser

comunicadas dentro de los TREINTA (30) días posteriores a su perfeccionamiento. Si el ENACOM no hubiera rechazado expresamente la transferencia dentro de los NOVENTA (90) días de comunicada, la misma se entenderá aprobada tácitamente, y quien corresponda podrá solicitar el registro a su nombre. En caso de existir observaciones, el plazo referido se contará desde que se hubieran considerado cumplidas las mismas, con los mismos efectos.

La ejecución del contrato de transferencia sin la correspondiente aprobación, expresa o tácita, será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada, previa intimación del ENACOM.

Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intransferibles” (Texto vigente a partir do Dec. N. 267/2015).

²⁹⁸ “ARTICULO 45. — *Multiplicidad de licencias*. A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración de licencias.

En tal sentido, una persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, sujeto a los siguientes límites:

1. En el orden nacional:

a) Una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual;

b) Hasta diez (10) licencias de servicios de comunicación audiovisual más la titularidad del registro de una señal de contenidos, cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico;

c) Hasta veinticuatro (24) licencias, sin perjuicio de las obligaciones emergentes de cada licencia otorgada, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico em diferentes localizaciones. La autoridad de aplicación determinará los alcances territoriales y de población de las licencias.

La multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios— en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda.

2. En el orden local:

a) Hasta una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM);

b) Una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta dos (2) licencias cuando existan más de ocho (8) licencias en el área primaria de servicio;

c) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta;

d) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción;

En ningún caso la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario, podrá exceder la cantidad de tres (3) licencias.

3. Señales:

La titularidad de registros de señales deberá ajustarse a las siguientes reglas:

a) Para los prestadores consignados en el apartado 1, subapartado “b”, se permitirá la titularidad del registro de una (1) señal de servicios audiovisuales;

b) Los prestadores de servicios de televisión por suscripción no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia.

Cuando el titular de un servicio solicite la adjudicación de otra licencia en la misma área o en un área adyacente con amplia superposición, no podrá otorgarse cuando el servicio solicitado utilice la única frecuencia disponible en dicha zona”.

²⁹⁹ “ARTICULO 45. — *Multiplicidad de Licencias*. A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local las personas humanas o jurídicas podrán ser titulares o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de comunicación audiovisual, con sujeción a los siguientes límites:

1. En el orden nacional:

a) UNA (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual y servicios TIC regulados por la Ley N° 27.078;

b) Hasta QUINCE (15) licencias de servicios de comunicación audiovisual cuando se trate de radiodifusión de televisión abierta o de radiodifusión sonora.

2. En el orden local:

a) UNA (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM);

b) UNA (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta DOS (2) licencias

³⁰²⁻³⁰³ e a este relacionados da Lei n. 26.522/2009 e a aplicabilidade das referidas disposições sobre licenças e sinais de que os autores da ação eram titulares quando da promulgação da norma. Tal caso confrontou os interesses do Grupo Clarín S.A., da Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., da Cablevisión S.A., da Multicanal S.A., da Radio Mitre S.A. e da Teledigital Cable S.A. com o entendimento do Poder Executivo sobre a constitucionalidade das disposições supramencionadas.

Os autores da ação defenderam ³⁰⁴ que o art. 41 afetava a liberdade de comércio e o direito de propriedade, instrumentais para a defesa da liberdade de informação jornalística e de expressão ³⁰⁵. Neste artigo se dispôs sobre a intransferibilidade das autorizações e licenças de serviços de comunicação audiovisual como regra geral.

Quando ao art. 45, afirmou-se que vulneraria a liberdade de informação jornalística e de expressão asseguradas na Constituição por prejudicar a sustentabilidade operativa e

cuando existan más de OCHO (8) licencias en el área primaria de servicio;
c) UNA (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta.

En ningún caso la suma total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario podrá exceder la cantidad de CUATRO (4) licencias” (Texto vigente a partir do Dec. N. 267/2015).

³⁰⁰ “ARTICULO 48. — Prácticas de concentración indebida. Previo a la adjudicación de licencias o a la autorización para la cesión de acciones o cuotas partes, se deberá verificar la existencia de vínculos societarios que exhiban procesos de integración vertical u horizontal de actividades ligadas, o no, a la comunicación social.

El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en el futuro.

Se considera incompatible la titularidad de licencias de distintas clases de servicios entre sí cuando no den cumplimiento a los límites establecidos en los artículos 45, 46 y concordantes”.

³⁰¹ ARTICULO 48. — Revogado pelo Dec. N. 267/2015.

³⁰² “ARTICULO 161. — Adecuación. Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen.

Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41”.

³⁰³ ARTICULO 161. — Revogado pelo Dec. N. 267/2015.

³⁰⁴ Não se conseguiu acesso à íntegra da petição inicial. Em virtude disso, a síntese dos argumentos do Grupo Clarín foi feita a partir de fontes indiretas: decisão da Corte Suprema de Justicia de la Nación e nos trabalhos de Daniel Sabsay, Damián Loreti (SABSAY, Daniel A.; LORETI, Damián M.. **El fallo “Grupo Clarín”**: dos puntos de vista – Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual Libertad de prensa. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014) e de Victoria Bedin (BEDIN, Victoria. Tutela jurisdiccional del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información: el caso Clarín em Argentina. *In*: FAMIGLIETTI, Gianluca; ROMBOLI, Roberto (coord.). **La tutela dei diritti fondamentali attraverso le esperienze dei paesi di provenienza di alcuni dei partecipanti al corso di alta formazione in giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti**: atti dei seminário interni dei Corsi 2015 e 2016. Pisa: Pisa University Press, 2017, p. 23-35).

³⁰⁵ A CSJN utilizou a terminologia liberdade de imprensa e de expressão. A terminologia foi ajustada à nomenclatura utilizada neste trabalho.

econômica da empresa e, conseqüentemente, a sua independência. O artigo causaria dano às empresas ao não permitir a integração vertical entre produtores de conteúdo e distribuidoras, o que resultaria em despesas maiores com o conteúdo veiculado. Ademais, além de colocar as empresas nacionais em desvantagem em face de operador estrangeiro com atuação no País – o que representaria um risco aos consumidores – o limite de dez licenças seria arbitrário. Esse dispositivo regula o regime de multiplicidade de licenças e sinais, impondo limites à concentração.

O parágrafo segundo do art. 48, que dispôs sobre práticas de concentração indevida, seria inconstitucional por configurar, tanto no presente quanto no futuro, ameaça a direitos adquiridos que contam com tutela constitucional. Este artigo dispõe sobre a multiplicidade de licenças afirma não ser possível falar em direito adquirido contrário às normas gerais sobre desregulamentação, monopolização e defesa da concorrência.

O art. 161, por seu turno, seria inconstitucional por violar direitos adquiridos. Neste artigo foi fixado um prazo considerado pela autora irrisório para se desfazer de ativos estratégicos. O cumprimento da obrigação, no prazo de um ano, implicaria em prejuízos patrimoniais irreparáveis. Além disso, norma anterior prorrogara as licenças por dez anos, de modo a ser uma alteração unilateral, retroativa e prejudicial a ação imposta sem qualquer indenização.

O Estado argentino se opôs às pretensões das empresas autoras. Defendeu, entre outros aspectos, que o vínculo jurídico que uniria um licenciatário a sua licença seria administrativo e não se assemelharia ao direito de propriedade. A licença seria uma concessão temporária de um privilégio submetido a condições que não geraria direito adquirido. Além disso, enfatizou a necessidade de defesa da concorrência com o propósito de beneficiar o usuário no lugar da persistência do quadro em benefício apenas das empresas. O art. 41, por sua vez, objetivaria dotar o regime de licenças de maior transparência.

Em primeira instância, a constitucionalidade da lei foi reconhecida. Provido o recurso do grupo Clarín, a *Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual* e o *Estado Nacional* recorreram à Corte Suprema. Ao final, a Corte decidiu dividida. A maioria formada pelos ministros Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi e Eugenio Raúl Zaffaroni decidiu, com fundamentos diferentes destes últimos, pela constitucionalidade. Os ministros Juan Carlos Maqueda e Carmen María Argibay votaram em dissidência parcial. O ministro Carlos Fayt divergiu totalmente da maioria. Tamanha dissidência é indicativa da complexidade do caso.

Ouvida a manifestação não vinculante da *Procuración General de la Nación*, esta se

pronunciou pela constitucionalidade por variados fundamentos. Considerou inválida a decisão anterior recorrida; afirmou que o tribunal *a quo* considerou apenas a dimensão negativa da liberdade em questão; que a decisão se concentrou no aspecto patrimonial, minimizando o fato de estar em jogo também o pluralismo essencial à democracia; afirmou que o direito das empresas não poderiam se sobrepor a direitos e garantias constitucionais benéficas à cidadania; asseverou que o exame do caso deveria considerar a importância deste mercado para a efetividade das liberdades públicas, que excedem o aspecto meramente econômico.³⁰⁶⁻³⁰⁷

Victoria Bedin destaca a realização de audiência pública pela CSJN para discutir o caso, com participação da parte e de *amicus curiae*. Quando do julgamento, teve-se em conta as dimensões (individual e coletiva) da liberdade em questão³⁰⁸, a exigir a proteção ativa do Estado de modo a garantir o direito de acesso à informação pluralista, com ampliação das oportunidades de expressão de setores distintos. Ademais, o papel dos meios para o debate público, pilar do funcionamento da democracia, traduziria inquestionável interesse do Estado na regulação da matéria.³⁰⁹

A maioria da CSJN entendeu o art. 41 e 45 da LSCA parcialmente inconstitucionais³¹⁰. Considerada a comunicação audiovisual uma atividade de interesse público, a maioria entendeu nela incidir o princípio da intransmissibilidade das frequências. A licença teria um caráter *intuitu personae*, consectário do exame das condições econômicas, técnicas e jurídicas que fundamentaram a outorga. Disso resultaria a adequação da limitação ao fim objetivado pela LSCA.³¹¹

Quanto ao art. 45, a CSJN entendeu necessária a ponderação dos direitos em colisão. A LSCA objetivou garantir os princípios da diversidade, da pluralidade e respeito pelo local

³⁰⁶ BEDIN, Victoria. Op. cit., p. 26.

³⁰⁷ “Le decisión apelada está fundada en apreciaciones que revelan un notable sesgo en la conceptualización de la libertad de expresión y del derecho de propiedad, que ignora los paradigmas de la realidad económica actual y prescinde absolutamente de la dimensión y pública de los intereses en juego que inspiraron la sanción de la nueva ley. Además, la sentencia se aparta de las circunstancias particulares del caso al omitir toda valoración a la situación de los demandantes, cuya concentración empresarial - según veremos - pone en peligro la vigencia efectiva de derechos humanos fundamentales” (Manifestação de Alejandra Magdalena Gils Carbó, pela Procuración General de la Nación, em 12 de julho de 2013, p. 17).

³⁰⁸ A Corte utilizou a terminología *libertad de expresión*. A terminología foi ajustada à nomenclatura utilizada neste trabalho.

³⁰⁹ BEDIN, Victoria. Op. cit., p. 26-29.

³¹⁰ “3º) Revocar parcialmente la sentencia impugnada y declarar la inconstitucionalidad de los artículos 41, 45 - con excepción del ap. 2, incs. a y b, en las condiciones fijadas en el considerando 37- y 48, segundo párrafo, de la ley 26.522; y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda, con los alcances citados” (SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Grupo Clarín AS y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro. **Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 336, II**. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2016, p. 2135).

³¹¹ BEDIN, Victoria. Op. cit., p. 33.

valendo-se de limites considerados apropriados a fim de fomentar a participação de um maior número de vozes e de opiniões. Pretendeu-se, igualmente, evitar a consolidação de prestadores em posições dominantes a distorcer o mercado. Nesse sentido, foram contemplados pela Lei a restrição da quantidade de licenças, a máxima cota de participação no mercado e o controle do conteúdo.³¹²⁻³¹³

A Corte se reportou à *Declaración de principios de Libertad de Expresión* da *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, que, em seu Princípio n. 12, afirma a necessidade de leis antimonopolistas voltadas à proteção da democracia, ao pluralismo e à diversidade. A concepção clássica, entendida como direito de estar livre da interferência estatal, não bastaria para a proteção da liberdade de comunicação contemporaneamente.

De acordo com a CSJN, os limites previstos não comprometeriam a sustentabilidade econômica das empresas nem impediria que alcançassem dimensão de significativa importância no mercado audiovisual. O limite de trinta e cinco por cento da audiência não poderia ser considerado pequeno e favoreceria a desconcentração. Ter-se-ia adequação das medidas aos fins objetivados e as restrições não seriam desproporcionais.³¹⁴⁻³¹⁵

No que concerne aos arts. 48 e 161 da LSCA, a Corte entendeu não verificado o direito adquirido à manutenção de um regime jurídico, haja vista importar em sobrepor o interesse particular ao coletivo. Além disso, caso verificado dano, os prejudicados poderiam resolver a sua situação individual no plano da responsabilidade civil do Estado.³¹⁶

Victoria Bedin informa que, após o julgado da Corte Constitucional em 2013, a desconcentração no setor foi objeto de nova judicialização. Declarada a constitucionalidade

³¹² “Los artículos cuestionados en *sub lite* están orientados a concretar esos fines. El artículo 45 modificó el régimen de restricciones a la concentración de licencias previsto por la ley 22.285. La nueva norma contempla una doble limitación para impedir la concentración de emitentes de servicios audiovisuales: por un lado, restringe la cantidad de licencias y, por el otro, establece un tope en base a la cuota de mercado. A su vez, la ley procura evitar otro tipo de concentración que los legisladores estimaron perjudicial; a saber, la que resulta de la convergencia en un mismo sujeto de la posibilidad de distribuir un servicio de comunicación audiovisual y de controlar su contenido” (SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Grupo Clarín AS y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro. **Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 336, II**. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2016, p. 1792).

³¹³ Daniel Sabsay em suas críticas à decisão afirma ser a discussão sobre a razoabilidade dos limites criados o ponto nevrálgico da questão (SABSAY, Daniel. La sentencia de la Corte Suprema em la causa “Grupo Clarín y otro S/Acció meramente declarativa” Una decisión contradictoria. *In*: SABSAY, Daniel A.; LORETI, Damián M. **El fallo “Grupo Clarín”**: dos puntos de vista – Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual Libertad de prensa. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 15).

³¹⁴ Victoria Bedin afirma que a Corte não caberia a ela avaliar a existência de outros meios alternativos igualmente idôneos aos fins propostos por implicar no ingresso na discricionariedade do Legislativo (BEDIN, Victoria. *Op. cit.*, p. 32).

³¹⁵ Saliente-se que após a alteração da redação do art. 45, foi retirada a expressa referência a um percentual máximo de habitantes contemplados pela prestação do serviço.

³¹⁶ BEDIN, Victoria. *Op. cit.*, p. 32.

da nova legislação pela Corte Suprema, o grupo Clarín apresentou um plano de adequação não aceito pela AFSCA. Como consequência disso, em face da decisão administrativa, o grupo requereu medida cautela destinada a suspender a adequação da empresa. O juízo cível e comercial concedeu a liminar e, quase seis anos depois, permaneceu sem se adequar às exigências da LSCA, de 2009.³¹⁷⁻³¹⁸

A experiência argentina oferece diversos subsídios no sentido da promoção do pluralismo informativo, notadamente no concernente ao *pluralismo interno*. Nela também não se encontra a referência explícita a controle ideológico. Todavia, a iniciativa voltada ao incremento do número de participantes do fluxo informativo, a impedir massificação de um discurso em detrimento dos demais, a promover a diversidade cultural existente nas diversas regiões, a dificultar o domínio sobre atuação das empresas de comunicação concretiza o controle do abuso ideológico.

Os diversos mecanismos de promoção do pluralismo obstam ou dificultam a preponderância de determinadas ideias sobre outras de modo a ameaçar a livre formação da opinião pública. O caso argentino, especialmente em sua formulação original, forneceu elementos para se delinear um sistema de controle do abuso do poder ideológico, prejudicial ao acesso da população à informação.

3.4.6 Exemplos de controle do exercício abusivo do poder ideológico na experiência jurídica brasileira

Na ordem jurídica brasileira, também é possível constatar a preocupação com a interdição do acesso do público à informação e com o vigor do debate proporcionado por perspectivas contrapostas. Uma situação particularmente grave é o financiamento do discurso de um grupo político por recursos públicos, com reflexo direto no desequilíbrio do processo eleitoral.

Além desse exemplo, pode-se mencionar iniciativas destinadas à proteção do cidadão contra a censura no interior dos veículos de comunicação. Se no exemplo anterior o problema consistiria na hiperexposição de uma corrente em detrimento de outras, neste caso, tem-se a completa falta de contraditório informativo em virtude da falta de divulgação da informação.

3.4.6.1 Financiamento de discurso majoritário com recursos de propaganda oficial

³¹⁷ Ibid., p. 35.

³¹⁸ Não foi verificado o andamento dessa ação após o levantamento de Victoria Bendin.

A Constituição de 1988 erigiu como um dos fundamentos da República o pluralismo político (art. 1º, V). Baseando-se nele, a ordem jurídica não se compatibiliza com o uso de recursos públicos de modo a por em risco a competição de ideias entre os grupos políticos que legitimamente disputam o poder. Isso é acentuadamente grave quando se vê o uso de veículos de comunicação de massa, principalmente quando em um contexto de concentração dos meios de comunicação social.

Não obstante a expressa disposição constitucional, ainda é possível notar a afronta à referida norma por meio de investimentos públicos especificamente destinados a promover concepções vinculadas a um grupo político específico no poder. Desequilibra-se a legítima competição política e, conseqüentemente, é favorecida a manutenção do *status quo* político na circunscrição eleitoral em questão ³¹⁹. Uma orientação ideológica, a que detiver o controle da aplicação dos recursos, financia a difusão de um discurso particular, privado, correspondente ao seu grupo, com recursos públicos.

Ao se vulnerar o pluralismo político no Brasil, tem-se uma afronta ao texto constitucional e, conseqüentemente, a deflagração de efeitos jurídicos sobre este fato. Impende atentar tanto para o fundamento constitucional exposto quanto para uma justificação da própria norma existente.

Como afirmado anteriormente ³²⁰, com fulcro em Norberto Bobbio, é corolário da disposição constitucional (art. 1º, V, CF) o reconhecimento da complexidade social, da existência de uma multiplicidade de perspectivas a conviver em sociedade, bem como uma tendência antidespótica e antiestatal. Ao Estado cabe proporcionar condições para que a livre expressão dos diversos grupos sociais ocorra.

Afronta a Constituição a prática administrativa que promove, precisamente, o contrário da determinação constitucional, que silencia a oposição e impõe uma perspectiva possível como a única verdadeira. A prática administrativa, pois, que promove, com recursos públicos, as propostas, o programa, de um grupo em detrimento de outros afronta a Constituição de 1988.

Recentemente, verificou-se um caso bastante eloquente do problema, que chegou a ser objeto de ação judicial. O gasto do governo federal com publicidade tem sido superior a um bilhão de reais por ano. Sem prejuízo do crescimento dos gastos de publicidade via

³¹⁹ Acerca da necessidade de oposição para a consolidação democrática, leia-se Monica Herman Salem Caggiano (CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Oposição na política**: propostas para uma rearquitetura da democracia. São Paulo: editora Angelotti, 1995).

³²⁰ Acerca da concepção de pluralismo adotada neste trabalho já se discorreu na seção 3.4.1.

internet, a maior parte dos gastos foram destinados à televisão ³²¹. Entre estes gastos, deve ser destacada a propaganda do governo federal por meio da qual foi defendida a reforma da Previdência.

Até junho de 2017, estimava-se em mais de cinquenta e nove milhões de reais o gasto do governo federal com a campanha publicitária por meio da qual foi defendida a reforma previdenciária ³²²⁻³²³. Em abril de 2018, foi divulgado que o governo federal gastou pouco menos de cento e dez milhões de reais em propaganda da reforma previdenciária ³²⁴. A realização de publicidade institucional e propaganda com o propósito de obter apoio da população para a aprovação da denominada “Reforma da Previdência” (PEC n. 287/2016) foi submetida à apreciação do STF foi meio da ADI n. 5863, proposta pela Procuradoria-Geral da República.

A PGR defendeu a necessidade de interpretação conforme da lei orçamentária ao art. 37, §1º, da CF ³²⁵, considerando-se o substrato fornecido pelos princípios republicano, democrático, bem como pelos direitos à informação, à impessoalidade, à moralidade, à igual consideração pelos entes públicos de interesses razoáveis, mas opostos. Explicitamente, a PGR fundamentou a sua ação no art. 1º, *caput*, parágrafo único, no art. 5º, XXXIII, e no art. 37, §1º, da CF. ³²⁶

³²¹ GIELOW, Igor. Gastos do governo federal com publicidade estatal caem no governo Temer. **Folha de São Paulo**, 27 out. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/gastos-do-governo-federal-com-publicidade-estatal-caem-no-governo-de-temer>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

³²² PIVA, Juliana dal; RIBEIRO, Alexsandro. Quanto custou a propaganda federal que defende a reforma da Previdência?. **UOL**, 10 ago. 2017. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2017/08/10/quanto-custou-propaganda-reforma-previdencia>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

³²³ O novo governo, iniciado em 2019, já anunciou a intensificação da propaganda destinada a convencer a população da necessidade da aprovação de sua proposta.

³²⁴ MACEDO, Isabella. Governo Temer gastou R\$ 110 milhões em propaganda de reforma da Previdência fracassada. **UOL**, 27 abr. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/reforma-da-previdencia-fracassada-no-congresso-custou-r-110-milhoes-em-14-meses>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

³²⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

[...].

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

[...].

³²⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...].

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[...].

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

A norma impugnada destinou mais de noventa e nove milhões de reais para a comunicação institucional da Presidência da República. Conforme enfatizado pela PGR em sua petição inicial, não se poderia desbordar os limites definidos pelo art. 37, §1º, da CF, que impõe o caráter educativo, informativo ou de orientação social à publicidade dos órgãos públicos.

A PGR destacou o fato de o governo ser um ator-chave quando em jogo propostas que exigem grande mobilização, “responsável por garantir o acesso à informação correta, confiável e imparcial a respeito dos temas”. Não seria possível o uso de recursos financeiros públicos para a promoção de “campanha de convencimento que se reduza à repetição de ideias, teses e juízos que não são de consenso universal”, não lhe seria dado “deixar de expor as razões contrárias”. A publicidade se justificaria ao permitir ao público a tomada de posição de modo responsável e autônomo, sem que este fosse induzido em determinado sentido.

Afirmou-se o dever de as ações de comunicação ativarem a cidadania ao inserirem os cidadãos no debate político subsidiados por “informações íntegras e adequadas”. Os cidadãos não poderiam ser “privados do conteúdo pleno da matéria em disputa”, informados por meio de uma comunicação parcial de dados, quando conhecida a oposição de diversos segmentos da sociedade que não teriam à disposição os mesmos recursos para exporem os seus pontos de vista.

Foi igualmente afirmada a impossibilidade de publicidade quando o objetivo conduz ao favorecimento pessoal, de terceiro, de partido ou de ideologia, com utilização da máquina pública. Os recursos públicos não poderiam ser orientados ao fim de “manipular a opinião pública”.

Sucedem que, dadas as suas limitações ³²⁷, a comunicação será sempre parcial e limitada, integrando-se por outras perspectivas que participam, de modo independente, do debate. Precisamente por isso, a concentração do controle dos veículos de comunicação social é altamente perigosa para o exercício da cidadania.

Considerando o fato de não ser possível, por exemplo, em um breve comercial, uma exposição ampla, profunda e problematizada por opositores, revela-se simplesmente inadmissível uma campanha de convencimento promovida pelo governo de qualquer esfera da

[...].

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

[...].

³²⁷ Nesse sentido, remete-se o leitor à seção 3.4.1, quando se abordou a pluralidade de perspectivas e o acesso à verdade.

federação brasileira com recursos públicos. Uma vez promovido o acesso à informação tal como disposto no art. 37, §1º, da CF, cabe aos diversos grupos legitimamente em disputa na sociedade debater e envidar esforços para o convencimento dos demais cidadãos.

Nota-se que a garantia do direito de réplica aos argumentos apresentados dificilmente surtiria efeito. A eficácia da réplica está ligada a uma série de fatores dificilmente reproduzíveis nas proporções de uma campanha publicitária milionária como a observada na defesa da PEC n. 287/216 (contextualização, horário de veiculação, tamanho do material publicitário).

A petição inicial chegou a mencionar a necessidade de respeito ao pluralismo político. Assevera-se a constatação de material publicitário que divulga “dados unilaterais”. Esse não foi, contudo, o foco principal de sua argumentação, assim como algo que sintetiza os diversos argumentos da PGR: a necessidade de controle do poder na ordem constitucional brasileira, especificamente do poder ideológico.

O uso de milhões de reais por meio de variados meios de comunicação para promover uma perspectiva diante de realidade produz efeitos profundos, que dificilmente podem ser revertidos em um curto período de campanha eleitoral, principalmente quando os valores ultrapassam amplamente os gastos verificados nas campanhas dos principais candidatos das últimas presidenciais brasileiras.³²⁸

Consultando-se a ADI n. 5863 na página do STF, consta apenas a petição inicial e a decisão monocrática da lavra do Ministro Marco Aurélio que negou seguimento ao pedido³²⁹. Nessa decisão consta a síntese das manifestações do Presidente do Congresso Nacional, do Presidente da República e da Advocacia-Geral da União. No entender do Relator, não caberia o uso da ADI, processo objetivo, com o propósito de alcançar pronunciamento do STF acerca de peça publicitária concreta, de modo a aferir se ostentaria ou não caráter educativo, informativo ou de orientação social, bem como se caracterizaria promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.³³⁰

³²⁸ Como amplamente sabido, com exceção da campanha vencedora em 2018, nas últimas eleições, as campanhas presidenciais orbitaram cinquenta milhões de reais.

³²⁹ Em 6 de janeiro de 2019, não constava informação acerca da publicação da decisão ou da eventual interposição de recurso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5863&processo=5863>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

³³⁰ Antes da ADI n. 5863 ser ajuizada no STF, na 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, foi proferida decisão nos autos da ação ordinária n. 1016921-61.2017.4.01.3400 por meio da qual foi determinada a suspensão da campanha do governo federal sobre a reforma previdenciária. Com fulcro no art. 37, §1º, da CF, afirmou-se a não verificação dos requisitos constitucionais. Entendeu-se que a campanha estaria marcada de viés partidário, propagando desinformação, sendo determinada a sua suspensão em todas as suas formas e fixada multa diária para a hipótese de continuidade.

Quando do julgamento da ADI n. 1.355-MC, em 1996, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se pronunciar a respeito deste fundamento do Estado brasileiro. Entendeu-se que o tratamento desigual entre os partidos políticos caracterizaria violação do pluralismo político.³³¹

No que concerne ao pluralismo político, não se pode olvidar a sua umbilical vinculação com a democracia. O regime democrático, consoante Norberto Bobbio³³², é baseado em regras para a conquista, manutenção e sucessão no poder sem derramamento de sangue, as chamadas regras do jogo democrático. Disso decorre o fato de o governo democrático ser o governo das leis por excelência.

As normas superiores de um ordenamento são aquelas cuja aplicação é mais dependente da adesão espontânea³³³⁻³³⁴. Sem o compromisso com as regras democráticas e a convicção de que os demais participantes as observam, o Estado Democrático de Direito que constitui a República (art. 1º, CF) resta ameaçado.

Não resguardados os fundamentos da ordem constitucional, a confiança necessária à adesão espontânea do povo às suas determinações é atingida e o funcionamento global da ordem jurídica passa a estar em risco. O uso dos recursos públicos para o financiamento de um discurso vulnera a norma constitucional impositiva do respeito à pluralidade social brasileira.

Como afirmado por Owen Fiss, em *A ironia da liberdade de expressão*, “dinheiro é discurso”. A alocação de recursos promove valores políticos, “o ato de gastar dinheiro é uma atividade tão expressiva quanto realizar uma passeata, e um método de promover valores políticos tão importante quanto vender um livro”³³⁵. Sem recursos materiais, grupos de pressão, ainda que arrimados em legítimas reivindicações, bem como partidos políticos democraticamente em disputa pelo poder, não têm voz. Vale dizer, a ausência de recursos inviabiliza ou prejudica a propagação de um discurso alternativo à perspectiva do governo do momento.

Em sede recursal, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do Processo n. 1012999-07.2017.4.01.0000, foi proferida a decisão de suspensão de liminar ou antecipação de tutela n. 0057978-71.2017.4.01.0000/DF, por entender existente na decisão hostilizada grave violação à ordem pública (constitucional e administrativa), assim como violação do princípio da separação de poderes.

³³¹ ADI 1.355-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 23 nov. 1995, Plenário, DJ de 23 fev. 1996.

³³² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986.

³³³ BOBBIO, Norberto. “Teoria della norma giuridica”. **Teoria generale del diritto**. Turim: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 133-143.

³³⁴ Acerca disso já se discorreu na seção 3.4.

³³⁵ FISS, Owen M.. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução Gustavo Binenbojm; Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 45.

O uso de recursos públicos para a promoção do discurso do ocupante do governo do momento tem graves reflexos sobre o pluralismo político, notadamente sobre o equilíbrio da disputa eleitoral. Após vários anos de difusão de uma proposta como correta por meio de variados recursos de comunicação, periodicamente, grupos de oposição silenciados precisam, no curto intervalo do período da campanha eleitoral, refutar o discurso governamental.

Owen Fiss defende a possibilidade de alocação de recursos públicos destinados à propagação do discurso de grupos esquecidos pela prática política dominante. A destinação de recursos a uma exposição fotográfica representativa de um grupo marginalizado, por exemplo, seria um meio apto a promover a diversificação do debate público. Como destacado por ele, a experiência com programas de ações afirmativas e similares ensinou que, algumas vezes, é preciso “reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros”.³³⁶

Se é possível cogitar o auxílio a minorias com o escopo de superar o *efeito silenciador* da hipereposição de um único ponto de vista e promover o pluralismo, o financiamento do discurso do grupo detentor do poder político tende a produzir o efeito oposto e ofuscar a variedade de perspectivas sociais a respeito de um determinado tema. Trata-se de discurso que, na circunscrição eleitoral em questão, dada a vitória eleitoral, já conta com apoio substancial.³³⁷

Na prática política brasileira, o Executivo costuma contar com numerosa base legislativa. Por conseguinte, é um grupo político que, na ordem constitucional brasileira, conta legitimamente com tempo significativo de horário eleitoral gratuito³³⁸.

Ademais, as propostas do governo, por possuírem grande probabilidade de serem postas em prática e afetarem diretamente a população, naturalmente integram a pauta dos veículos de comunicação e, conseqüentemente, recebem um destaque diferenciado em relação aos demais grupos políticos. Assim como o horário gratuito destinado aos partidos que compõem a base de sustentação política do governo, o debate das propostas por meio de veículos de comunicação é um meio legítimo de tentativa de obter o apoio da maioria da

³³⁶ Ibid., p. 49.

³³⁷ Evidentemente, o voto é motivado por uma série de fatores e não significa a adesão do eleitor a todas as propostas apresentadas pelo candidato.

³³⁸ Em outra oportunidade (SABINO, Pedro Augusto Lopes. **Liberdade de informação jornalística na Constituição de 1988 e o acesso aos meios de comunicação no exercício do direito de resposta.** [Dissertação de Mestrado] Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2013b. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12230/1/PEDRO%20AUGUSTO%20LOPES%20SABINO.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2015.), já foi destacado que o horário eleitoral é gratuito para os partidos, mas não o é para a sociedade. Como esclarece José Paulo Cavalcanti Filho (CAVALCANTI FILHO, José Paulo. E Lord Jones morreu: discurso por controle democráticos ao poder dos meios de comunicação. *In*: CAVALCANTI FILHO, José Paulo (org.). **Informação e poder: ampla liberdade de informação X responsabilidade no exercício dessa liberdade.** Rio de Janeiro: Record; Recife: Fundação Cultural, 1994, p. 38-41), os veículos de comunicação social são remunerados pelo Estado pelo tempo destinado aos partidos políticos.

população.³³⁹

Quando se opta pela propagação do discurso oficial financiado por recursos públicos, utilizam-se os recursos pagos pelos contribuintes para agravar o problema do silenciamento de grupos políticos que possuem menor visibilidade. A legitimidade das supramencionadas práticas de difusão das ideias de um grupo é substituída por uma outra, que afronta o comando constitucional A um só tempo, compromete-se a efetividade do pluralismo que fundamenta o Estado brasileiro, bem como a existência de condições reais de alternância no poder.

Promovido o *efeito silenciador* sobre os opositores, atinge-se frontalmente o direito à informação do cidadão. As condições para a sua participação política são, desse modo, deterioradas.

No que concerne às condições de alternância no poder, saliente-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, um percentual do tempo de rádio e televisão é destinado aos partidos levando em consideração a sua representação parlamentar e outro percentual é distribuído isonomicamente. Esse percentual do tempo de rádio e televisão independente da representação legislativa é um modo de dar visibilidade a grupos minoritário e promover a pluralidade do debate público.

Note-se que o investimento de quantias vultuosas no convencimento dos eleitores tem se revelado um modo de tolher a liberdade dos meios de comunicação e lhes impor a orientação favorável ao governo do momento. No Brasil, tem-se um exemplo recente, com grande repercussão, envolvendo conhecido jornalista (Boris Casoy), afastado do comando de telejornal em virtude de pressão do governo, que ameaçava a emissora com o corte da publicidade oficial³⁴⁰. Destaque-se que esse exemplo revela como até mesmo as grandes empresas do concentrado mercado nacional são vulneráveis a esse tipo de pressão.

O exemplo envolvendo Boris Casoy no plano nacional se multiplica com jornalistas anônimos no plano municipal. Em um caso ou em outro, tem-se o prejuízo para o acesso do cidadão à informação.

Alexandre Sankievicz discorre acerca da relação entre as empresas de comunicação e os seus financiadores e o correlativo risco para o público. De acordo com o autor, essa relação pode levar à diminuição de editoriais críticos, pois a dependência econômica pode provocar

³³⁹ Excede os objetivos deste trabalho discorrer sobre os canais estatais e o problema do seu uso político, a exemplo da composição numericamente diferenciada de mesas de debate no que concerne a defensores e opositores da proposta do Executivo.

³⁴⁰ SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

uma autocensura do veículo de comunicação. Exemplo disso seria um caso envolvendo, nos EUA, a NBC e a Coca-Cola. Após a retirada das verbas publicitárias desta, aquela ficou oito anos sem produzir ou divulgar documentário ou tema polêmico envolvendo anunciantes.³⁴¹

A vedação do controle do discurso que alcança projeção pública no Brasil encontra substrato no art. 220, §5º, da CF. A publicidade governamental não pode ditar da orientação ideológica de reduzido número de grupos empresariais com participação em variados meios de comunicação.³⁴²

No caso, em um primeiro momento, é preciso *fazer cessar* o dano provocado pelo uso de recursos públicos irregularmente para a promoção do discurso político governamental em detrimento do pluralismo político. Vale dizer, faz-se necessária a tutela do direito transindividual³⁴³ com medida apta a cessar a continuidade da veiculação de informação benéfica ao grupo político no exercício do poder feita por uso indevido de recursos públicos. Por outro lado, os responsáveis devem ressarcir os cofres públicos, haja vista a prática inconstitucional executada.³⁴⁴

O financiamento do discurso com recursos públicos usados na propagação de ideias políticas por meios de comunicação social é uma espécie de abuso de poder ideológico presente na experiência política brasileira. Dada a desigualdade de recursos disponíveis (por exemplo, partidos de oposição), apenas uma perspectiva chega ao público com grave comprometimento do pluralismo político no Brasil.

3.4.6.2. Proteção do cidadão contra a censura no interior dos veículos de comunicação e a demissão sem justa causa

A discussão sobre a *censura* no interior dos meios de comunicação e a descaracterização da demissão por justa causa do jornalista pode partir de um exemplo. Se o fabricante de um produto alimentar cancerígeno patrocinar um meio de comunicação, um jornalista pode ser demitido com justa causa ao tornar público o fato? Admitida essa

³⁴¹ Ibid., p. 71; 78-79.

³⁴² Para o presente trabalho, não se analisará um outro aspecto extremamente grave e merecedor de verificação: a coincidência entre os períodos mais críticos do governo e o aumento de gastos com publicidade (MACEDO, Isabella. Governo Temer gastou R\$ 110 milhões em propaganda de reforma da Previdência fracassada. **UOL**, 27 abr. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/reforma-da-previdencia-fracassada-no-congresso-custou-r-110-milhoes-em-14-meses>>. Acesso em: 05 jan. 2018).

³⁴³ Acerca do tema, leia-se Manoel Jorge e Silva Neto (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2001, p. 28-45).

³⁴⁴ Sem prejuízo das ações destinadas a fazer cessar ou atenuar o dano e a responsabilização dos agentes pelos gastos indevidos, a restauração do *status quo ante*, na medida do possível, demanda a resposta ao discurso oficial. Sem a réplica, a manipulação da opinião pública, em certa medida, não deixa de se verificar.

possibilidade, ter-se-ia a proteção do abuso do poder ideológico, restringindo-se o acesso do cidadão à informação, no lugar de ser implementado um sistema eficaz de controle do poder pelo ordenamento jurídico.

Konrad Hesse salienta a existência do debate atual sobre a *liberdade de imprensa interna*. Essa discussão se refere à independência do jornalista e das redações. Trata-se de debate a respeito da proteção da ordem democrática por meio da proteção do acesso à informação ampla e segura. A crescente concentração econômica impõe ao legislador a tarefa de assegurar a liberdade de imprensa dos editores ou de assegurar aos jornalistas e aos redatores, no interior das empresas jornalísticas, de modo a “impedir uma concentração de poder na área da formação da opinião”.³⁴⁵

Os exemplos acima, que se apresentam compatíveis com a ordem constitucional brasileira, revelam o sistema de controle do poder que se delineia. Apesar de não se ter uma explícita afirmação, em um esforço analítico, observa-se que doutrina, legislação e jurisprudência convergem para o desenvolvimento de mais um *sistema de controle de poder*, que se integra a outros existentes, a exemplo da atribuição de funções estatais a órgãos distintos.

A teleologia da norma depreendida do art. 220, §5º, da CF fornece referência básica do controle do exercício abusivo do poder ideológico, que dificulta ou impede o acesso do cidadão a informações. A busca por condições mínimas para um debate público equilibrado é indispensável para que se conheça adequadamente a realidade e para que o cidadão possa exercer plenamente a sua cidadania.

3.4.6.3 STF e ações diretas relativas ao art. 220, §5º, da CF

Note-se que também foram proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) decisões importantes relacionadas à comunicação social em novembro de 2017 (ADI 4679, ADI 4747, ADI 4756 e ADI 4923). Tal fato impôs o exame dessas decisões, juntamente com casos relacionados ao tema (ADO 9 e ADO 10).

Iniciado em 25 de junho de 2015, em 8 de novembro de 2017, o STF concluiu o julgamento da ADI n. 4679, no qual se discutiu a constitucionalidade da Lei n. 12485/2011, que dispôs sobre o marco regulatório da televisão por assinatura (CONFERIR A PETIÇÃO INICIAL), ocasião em, por maioria, declarou-se procedente em parte, apenas para declarar a

³⁴⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 305-306.

inconstitucionalidade material do art. 25 da mencionada Lei. Esse entendimento, válido igualmente para outras ações apreciadas em conjunto (ADI n. 4747, n. 4756 e n. 4923) e julgadas improcedentes, constitui importante referência para o estudo do tema no Brasil.

Inicialmente, tendo em vista a investidura popular e a complexidade técnica inerente ao tema, o STF afirmou a necessidade de autocontenção ao decidir a respeito dos marcos regulatórios editados pelo Poder Legislativo. A partir desse ponto de vista, afirma o fato de o Poder Judiciário ser chamado a analisar a temática pela ótica da estrita validade jurídica. Nesse ponto, é difícil identificar a coerência com os seus próprios precedentes, bem como o acerto da decisão.

A autocontenção da Corte é importante quando se pensa na harmonia entre os poderes. Todavia, no que concerne à coerência com os seus precedentes, deve-se por em evidência que nem sempre essa orientação é observada, mesmo quando apta a produzir significativas consequências políticas. Exemplo disso pode ser constatado pela observação da mudança da disciplina constitucional relativa ao número de vereadores.

Antes da Emenda Constitucional n. 58/2009, o art. 29, IV da Constituição não fixava um número máximo de vereadores por número de habitantes. Estava previsto, simplesmente, o seguinte:

IV - número de Vereadores **proporcional à população** do Município, observados os seguintes limites:

- a) **mínimo de nove e máximo de vinte e um** nos Municípios de até um milhão de habitantes;
- b) **mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um** nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
- c) **mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco** nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;

Ao ser julgada julgado o RE n. 197.917, referente ao caso do Município de Mira Estrela, em São Paulo, por maioria, o STF estabeleceu critérios para a fixação do número de vereadores por faixa populacional que não estavam espessos na constituição. Para a alínea *a*, dividiu-se um milhão de habitantes pelo número máximo de vereadores (vinte e um), fixando-se cada faixa com 47.620 habitantes; para a alínea *b*, dividiu-se cinco milhões de habitantes por quarenta e um, fixando-se cada faixa com 121.951 habitantes; para a alínea *c*, dividiu-se cinco milhões por quarenta e dois, fixando-se cada faixa com 119.047 habitantes. Por exemplo, até 47.619 habitantes, o máximo de 9 vereadores; de 47.620 até 95.238 habitantes, até 10 vereadores; de 95.239 até 142.857, até 11 vereadores; de 142.858 até 6.547,611 habitantes, 54 vereadores; acima de 6.547,612 habitantes, 55 vereadores. As três faixas

previstas na redação originária da Constituição foram desdobradas em trinta e seis quando do julgamento do STF. Posteriormente, reportando-se ao julgado do STF, o TSE expediu a Resolução n. 21.702, de 2 de abril de 2004, na qual consta tabela com a quantidade de vereadores a eleger por número de habitantes.

Após a Emenda Constitucional n. 58/2009³⁴⁶, o art. 29, IV da Constituição passou a fixar de modo mais detalhado o número de vereadores conforme o de habitantes. Desde então, os limites foram reduzidos para vinte e quatro faixas de habitantes. Mesmo não existindo correspondência, a mudança do texto foi um reflexo da interpretação adotada pelo STF. Com alterações, em conformidade com a interpretação da Suprema Corte, positivou-se a redução da autonomia municipal na definição do número de vereadores em sua lei orgânica.

Na falta de legislação específica para a limitação da participação de empresas de comunicação no mercado brasileiro, a mesma técnica pode ser usada novamente pela Corte no que concerne à proteção do pluralismo e do acesso à informação. Nesse ponto, estaria apenas reforçando a sua própria orientação e conferindo previsibilidade ao seu modo de atuação. Vale dizer, para garantia da efetividade de normas constitucionais analisadas ao longo do presente trabalho, em sede de controle de constitucionalidade, o STF pode fixar limites de participação no mercado por empresas do setor de comunicação ou declarar a inconstitucionalidade de limite muito elevado (como foi feito pela Corte italiana). Eximindo-se de responsabilidade já assumida em outras esferas, o STF condena a matéria quase ao esquecimento.

Um sistema brasileiro de controle dos poderes econômico e ideológico, com o objetivo de efetivar o direito de acesso à informação do cidadão, deve assegurar tanto o pluralismo externo quando o interno. O Judiciário pode ter um papel decisivo nesse particular. É possível exemplificar com caso julgado pelo STF que pode servir de paradigma no que concerne à técnica de solução do problema.

De acordo com o entendimento firmado pela Corte, no que concerne ao marco regulatório da televisão por assinatura disciplinado por meio da Lei n. 12.485/2011, especificamente sobre o *serviço de acesso condicionado*, não foi configurada *inconstitucionalidade formal*. O fundamento da constitucionalidade formal seria competência do Congresso Nacional para a propositura de atos normativos concernentes à telecomunicações (art. 22, IV, da CF), independentemente da tecnologia utilizada (arts. 221 e 222, § 5º, da CF).

³⁴⁶ O número de vereadores por habitante foi objeto de outra discussão no STF posteriormente. Por ocasião do julgamento da ADI n. 4307, não se admitiu o aumento do número de vagas após as eleições.

Quanto à concentração por meio de propriedade cruzada ³⁴⁷, afirmou-se a legitimidade constitucional de restrições à esta prática, conforme disposto no art. 5º, *caput* e §1º da Lei n. 12.485/2011 ³⁴⁸. Mister se faz salientar que a norma impugnada fixou um percentual elevado de participação nas empresas. Se, por um lado, pode favorecer a promoção de pluralismo externo, o elevado percentual de participação nas empresas propicia a falta de pluralismo interno, consagrando-se a experiência já existente no Brasil de controle da informação por grupos familiares.

Quanto à concentração vertical ³⁴⁹ da cadeia, declarou-se igualmente a legitimidade constitucional de restrições dessa natureza, tal como previsto no art. 6º, *caput* e §1º ³⁵⁰. De

³⁴⁷ Seção 3.3.2.

³⁴⁸ LEI N. 12.485/2011, CAPÍTULO III, DAS ATIVIDADES DA COMUNICAÇÃO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO:

“Art. 4º São atividades da comunicação audiovisual de acesso condicionado:

I - produção;

II - programação;

III - empacotamento;

IV - distribuição.

§ 1º A atuação em uma das atividades de que trata este artigo não implica restrição de atuação nas demais, exceto nos casos dispostos nesta Lei.

§ 2º Independentemente do objeto ou da razão social, a empresa que atuar em quaisquer das atividades de que trata este artigo será considerada, conforme o caso, produtora, programadora, empacotadora ou distribuidora.

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. (Vigência)

§ 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”.

³⁴⁹ Seção 3.3.2.

³⁵⁰ LEI N. 12.485/2011:

“Art. 6º As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, bem como suas controladas, controladoras ou coligadas, não poderão, com a finalidade de produzir conteúdo audiovisual para sua veiculação no serviço de acesso condicionado ou no serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens:

I - adquirir ou financiar a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos de interesse nacional; e

II - contratar talentos artísticos nacionais de qualquer natureza, inclusive direitos sobre obras de autores nacionais.

Parágrafo único. As restrições de que trata este artigo não se aplicam quando a aquisição ou a contratação se destinar exclusivamente à produção de peças publicitárias”.

acordo com o Relator, as normas impeditivas de verticalização nada mais fizeram do que concretizar os comandos constitucionais previstos no art. 170, § 4º, e art. 220, § 5º.

Apesar de não mencionar explicitamente o controle do poder ideológico, verifica-se que o art. 220, § 5º, serviu como fundamento não apenas para o aspecto econômico inerente ao setor da comunicação social. Relativamente ao disposto nos arts. 173, §4º, e 220, §5º, da CF, o acórdão do STF se referiu aos mesmos ao discorrer sobre as diretrizes constitucionais do antitruste:

4. As diretrizes constitucionais antitruste (CRFB, arts. 173, §4º e 220, §5º), voltadas a coibir o abuso do poder econômico e a evitar a concentração excessiva dos mercados, permitem combater a ineficiência econômica e a injustiça comutativa que tendem a florescer em regimes de monopólio e oligopólio. No setor audiovisual, prestam-se também a promover a diversificação do conteúdo produzido, impedindo que o mercado se feche e asfixie a manifestação de novos entrantes.

É preciso reconhecer que o disposto no art. 220, § 5º, da CF vai além do aspecto econômico. A sua norma não se limita a promover a concorrência do setor econômico, evitando-se o abuso do poder econômico e a concentração excessiva do mercado.

A sua inserção na Ordem Social põe em relevo a vedação do abuso do poder ideológico, traduzido no comprometimento do pluralismo informativo facilitado da concentração dos meios de comunicação. Nesse sentido, como destacado no acórdão, os limites à concentração prestam-se, também, à promoção do acesso a conteúdo diversificado.

É preciso salientar que o comprometimento do pluralismo é *facilitado* porque não é certo afirmar que um mercado altamente concentrado não gozará de pluralismo informativo, tal como não se pode afirmar que um mercado concentrado sofrerá do abuso do poder de mercado.

4 DELINEAMENTO DE UM MODELO DE REFERÊNCIA APTO DE EVITAR O CONTROLE ECONÔMICO OU IDEOLÓGICO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Ao longo do trabalho, diversos aspectos relacionados à caracterização da concentração do poder no setor de comunicação social foram examinados. Identificando-se possíveis consequências deflagradas do sistema de controle do poder na Constituição, foram destacados seus possíveis elementos na ordem jurídica brasileira, ainda que a experiência estrangeira tenha colocado realçado algo também presente no Brasil.

Um primeiro aspecto é o caráter complementar das experiências italiana e argentina, descritas acima. A primeira, apesar de revelar a percepção da necessidade de pluralismo interno, desenvolveu-se no âmbito do pluralismo externo; a segunda, por seu turno, positivou diversos aspectos que concretizam o pluralismo interno. A Constituição de 1988 fundamenta a tutela do pluralismo amplamente, sendo possível cogitar a incorporação de elemento promotores tanto de sua dimensão externa quanto interna.

Outro aspecto destacado anteriormente foram mecanismos jurídicos aptos à promover o controle do poder econômico e político. Não se pretendeu esgotar todas as possibilidade, notadamente quando se pensa no uso da esfera administrativa e judicial, mas destacar algumas medidas pouco analisadas na doutrina.

4.1 CARÁTER COMPLEMENTAR DAS EXPERIÊNCIAS ITALIANA E ARGENTINA PARA A PROMOÇÃO DO PLURALISMO INFORMATIVO COMO REFERÊNCIA PARA A DISCIPLINA BRASILEIRA DE RADIODIFUSÃO

O estudo anterior da experiência italiana ³⁵¹ demonstra a evolução do sistema baseado no monopólio estatal de transmissão que se transformou em um sistema misto, com a concorrência do setor privado tanto no âmbito local como nacional. O objetivo de promover a efetividade do acesso à informação plural, marcada por uma série de qualidades consideradas indispensáveis à realização concreta deste direito, conduziu à discussão acerca de requisitos tanto para o denominado *pluralismo externo*, relacionado ao maior número de emissores de informação, quanto para o *pluralismo interno*, relativo à multiplicidade de perspectivas contempladas pela atuação de um mesmo emissor de informação.

No que cocerne à implementação de medidas voltadas a assegurar a participação de um maior número de atores no mercado, o regime italiano passou a se distanciar das regras

³⁵¹ Seção 3.4.5.3.

gerais sobre direito concorrencial. Como visto, no lugar de regras flexíveis, foram adotadas regras rígidas, que estabeleciam objetivamente o percentual de participação caracterizador da posição dominante no campo da comunicação social.

Além disso, enquanto a posição dominante em outros campos, seguindo a regra geral da matéria, é baseada em uma *atividade* considerada abusiva, no campo da comunicação social a posição dominante passou a ser caracterizada pelo *estado*, pelo percentual de participação da empresa no mercado. Deixou de ser exigida uma prática abusiva cuja comprovação pode ser, inclusive, de difícil. A posição dominante pode ser caracterizada independentemente de uma ação por parte do transmissor lesiva.

Ademais, a experiência italiana evoluiu de modo a contemplar um fato inexorável nesse campo: a atuação das empresas em setores diversos do mercado da comunicação. Conseqüência da adequação normativa a essa realidade foi a fixação de limites objetivos de participação não apenas para os transmissores de radiotelevisão, mas também para produtores de conteúdo e distribuidores.

O exame da disciplina argentina com a *Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual* evidencia o seu caráter complementar em relação ao regime italiano. No caso argentino ³⁵², a legislação ainda trabalha com a ideia de atividade e não de estado. Isso fica claro por meio da leitura do art. 12, 13, da LSCA ³⁵³. O art. 25, ao dispor sobre participação estrangeira, apresenta a ideia de estado no lugar de atividade abusiva. ³⁵⁴

Sem a disciplina objetiva ³⁵⁵ de um percentual de participação apto a caracterizar a posição dominante de uma empresa no setor, a fiscalização fica evidentemente dificultada naquilo que for necessário à garantia do *pluralismo externo*. Tem-se, nesse particular, uma vantagem do regime italiano.

Por outro lado, a legislação argentina foi muito mais detalhada na garantia da pluralidade de vozes participantes do debate público no interior de cada veículo. Elaborou-se

³⁵² Seção 3.4.5.4.

³⁵³ “ARTICULO 12. — Misiones y funciones. La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual tendrá las siguientes misiones y funciones:
[...].

13) Promover y estimular la competencia y la inversión en el sector. Prevenir y desalentar las prácticas monopólicas, las conductas anticompetitivas, predatorias y/o de abuso de posición dominante en el marco de las funciones asignadas a este organismo u otros con competencia en la materia. [...]”.

³⁵⁴ “ARTICULO 25. — Condiciones de admisibilidad — Personas de existencia ideal. [...].

c) No podrán ser filiales o subsidiarias de sociedades extranjeras, ni realizar actos, contratos o pactos societarios que permitan una posición dominante del capital extranjero en la conducción de la persona jurídica licenciataria.

Las condiciones establecidas en los incisos b) y c) no serán aplicables cuando según tratados internacionales en los que la Nación sea parte se establezca reciprocidad efectiva⁴⁴ en la actividad de servicios de comunicación audiovisual”.

³⁵⁵ No art. 92, fala-se de posição dominante, mas não se fixa um percentual objetivo, como no caso italiano.

disciplina legal detallada sobre o controle interno das empresas, prevenindo-se a concentração de poder muito grande nas mãos de uma única pessoa física ou jurídica.

A LSCA também detalhou percentuais relativos à produção do conteúdo local, com produtores locais, assim como limitou o percentual de publicidade. A vantagem da medida para a promoção do *pluralismo interno* fica clara quando se recorda do problema verificado na Itália quando não permitidas transmissões nacionais privadas: um mesmo conteúdo produzido era veiculado por vários transmissores regionais. O problema da homogeneidade de conteúdo, de massificação de um padrão estético, da discriminação de concepções políticas antagônicas, da hipertrofia de uma visão de mundo sobre as demais acaba por ser equivalente quando se tem uma produtora de conteúdo vendendo o mesmo produto a todos os transmissores ou quando uma única empresa produz e transmite o seu conteúdo em todo o território nacional.

Sem impedir o acesso a conteúdo de produção estrangeira, a LSCA estipulou o sentido do conceito de produções locais e nacionais em seu art. 4º³⁵⁶; criou barreiras ao controle acionário das empresas³⁵⁷; limitações ao percentual de participação estrangeira com

³⁵⁶ “ARTICULO 4º — Definiciones. A los efectos de la presente ley se considera:

[...].

Producción local: Programación que emiten los distintos servicios, realizada en el área primaria respectiva o en el área de prestación del licenciario en el caso de los servicios brindados mediante vínculo físico. **Para ser considerada producción local, deberá** ser realizada con participación de autores, artistas, actores, músicos, directores, periodistas, productores, investigadores y/o técnicos **residentes en el lugar en un porcentaje no inferior al sesenta por ciento (60%)** respecto del total de los participantes.

Producción nacional: Programas o mensajes publicitarios producidos integralmente en el territorio nacional o realizados bajo la forma de coproducción con capital extranjero, con participación de autores, artistas, actores, músicos, directores, periodistas, productores, investigadores y técnicos **argentinos o residentes en la Argentina en un porcentaje no inferior al sesenta por ciento (60%)** del total del elenco comprometido.

[...].

Señal de origen nacional: Contenido empaquetado de programas producido con la finalidad de ser distribuidos para su difusión mediante vínculo físico, o radioeléctrico terrestre o satelitales abiertos o codificados, que **contiene en su programación un mínimo del sesenta por ciento (60%) de producción nacional** por cada media jornada de programación”.

³⁵⁷ “ARTICULO 24. — Condiciones de admisibilidad — Personas físicas.

[...].

i) No ser director o administrador de persona jurídica, ni accionista que posea el diez por ciento (10%) o más de las acciones que conforman la voluntad social de una persona jurídica prestadora por licencia, concesión o permiso de un servicio público nacional, provincial o municipal.

[...].

ARTICULO 25. — Condiciones de admisibilidad — Personas de existencia ideal.

[...].

d) [texto vigente a partir del Dec. 267/2015] No ser titular o accionista que posea el DIEZ POR CIENTO (10%) o más de las acciones o cuotas partes que conforman la voluntad social de una persona jurídica titular o accionista de una persona jurídica a quien el estado nacional, provincial o municipal le haya otorgado una licencia, concesión o permiso para la prestación de un servicio público.

[...].

e) [texto vigente a partir del Dec. 267/2015] Las personas jurídicas no podrán emitir acciones, bonos, debentures, títulos o cualquier tipo de obligaciones negociables, sin autorización del ENACOM, cuando de estas operaciones resultare comprometido un porcentaje mayor al TREINTA POR CIENTO (30%) del

o propósito de evitar o controle empresa³⁵⁸; limite para a negociação do capital acionário das empresas do setor³⁵⁹; limitação de cobertura, inclusive de retransmissões³⁶⁰; dispôs sobre o conteúdo transmitido, com reserva para a produção nacional³⁶¹ (saliente-se que sem

capital social que concurre a la formación de la voluntad social.

[...].”

³⁵⁸ “ARTÍCULO 29. — Capital social. Se aplicarán a las personas de existencia ideal las previsiones del artículo 2º párrafos primero y segundo de la ley 25.750.

Cuando el prestador del servicio fuera una sociedad comercial deberá tener un capital social de origen nacional, permitiéndose la participación de capital extranjero hasta un máximo del treinta por ciento (30%) del capital accionario y que otorgue derecho a voto hasta por el mismo porcentaje del treinta por ciento (30%) siempre que este porcentaje no signifique poseer directa o indirectamente el control de la voluntad societaria”.

³⁵⁹ “ARTÍCULO 54 [texto vigente a partir del Dec. 267/2015]. – Apertura de capital accionario. Las acciones de las sociedades titulares de servicios de comunicación audiovisual abiertos o por suscripción, podrán comercializarse en el mercado de valores en un total máximo del CUARENTA Y CINCO POR CIENTO (45%) del capital social con derecho a voto”.

³⁶⁰ “ARTÍCULO 63 [texto vigente a partir del Dec. 267/2015]. – Vinculación de emisoras. Se permite la constitución de redes de radio y televisión con límite temporal, según las siguientes pautas.

a) La emisora adherida a una o más redes no podrá cubrir con esas programaciones más del TREINTA POR CIENTO (30%) de sus emisiones mensuales cuando se trate de estaciones localizadas en ciudades con más de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL (1.500.000) habitantes.

Cuando se encuentren localizadas en poblaciones de más de SEISCIENTOS MIL (600.000) habitantes, no se deberán cubrir con esas programaciones más del CUARENTA POR CIENTO (40%) de sus emisiones mensuales y no más del CINCUENTA POR CIENTO (50%) de sus emisiones mensuales en otras localizaciones;

b) Deberá mantener el CIEN POR CIENTO (100%) de los derechos de contratación sobre la publicidad emitida en ella;

c) Deberá mantener la emisión de un servicio de noticias local y propio en horario central. Por excepción, podrán admitirse redes de mayor porcentaje de tiempo de programación, cuando se proponga y verifique la asignación de cabeceras múltiples para la realización de los contenidos a difundir.

Los prestadores de diverso tipo y clase de servicios, podrán recíprocamente acordar las condiciones de retransmisión de programas determinados, siempre que esta retransmisión de programas no supere el DIEZ POR CIENTO (10%) de las emisiones mensuales”.

³⁶¹ “ARTÍCULO 65. — Contenidos. Los titulares de licencias o autorizaciones para prestar servicios de comunicación audiovisual deberán cumplir con las siguientes pautas respecto al contenido de su programación diaria:

1. Los servicios de radiodifusión sonora:

a. Privados y no estatales:

i. Deberán emitir un **mínimo de setenta por ciento (70%) de producción nacional**.

ii. Como mínimo el treinta por ciento (30%) de la música emitida deberá ser de origen nacional, sea de autores o intérpretes nacionales, cualquiera sea el tipo de música de que se trate por cada media jornada de transmisión. Esta cuota de música nacional deberá ser repartida proporcionalmente a lo largo de la programación, debiendo además asegurar la emisión de un cincuenta por ciento (50 %) de música producida en forma independiente donde el autor y/o intérprete ejerza los derechos de comercialización de sus propios fonogramas mediante la transcripción de los mismos, por cualquier sistema de soporte teniendo la libertad absoluta para explotar y comercializar su obra⁵⁹. La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual podrá eximir de esta obligación a estaciones de radiodifusión sonora dedicadas a colectividades extranjeras o a emisoras temáticas.

iii. Deberán emitir un mínimo del cincuenta por ciento (50%) de producción propia que incluya noticieros o informativos locales.

b. Las emisoras de titularidad de Estados provinciales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios y universidades nacionales:

i. Deberán emitir un mínimo del **sesenta por ciento (60%) de producción local y propia**, que incluya noticieros o informativos locales.

ii. Deberán emitir un mínimo del veinte por ciento (20%) del total de la programación para difusión de contenidos educativos, culturales y de bien público.

2. Los servicios de radiodifusión televisiva abierta:

discriminação da orientação adotada no produto veiculado)³⁶²; ainda sobre o conteúdo, foram criadas normas relativas à proteção da infância³⁶³; reserva para pessoas jurídicas sem fins lucrativos³⁶⁴; difusão obrigatória de produção própria e independente³⁶⁵; entre outras disposições.

4.2 MEDIDAS JURÍDICAS PARA O CONTROLE DO ABUSO DO PODER IDEOLÓGICO

-
- a. Deberán emitir un mínimo del sesenta por ciento (60%) de producción nacional;
 - b. Deberán emitir un mínimo del treinta por ciento (30%) de producción propia que incluya informativos locales;
 - c. Deberán emitir un mínimo del treinta por ciento (30%) de producción local independiente cuando se trate de estaciones localizadas en ciudades con más de un millón quinientos mil (1.500.000) habitantes. Cuando se encuentren localizados en poblaciones de más de seiscientos mil (600.000) habitantes, deberán emitir un mínimo del quince por ciento (15%) de producción local independiente y un mínimo del diez por ciento (10%) en otras localizaciones.

ARTICULO 67. — Cuota de pantalla del cine y artes audiovisuales nacionales. [...].

Todos los licenciatarios de servicios de televisión por suscripción del país y los licenciatarios de servicios de televisión abierta cuya área de cobertura total comprenda menos del veinte por ciento (20%) de la población del país, podrán optar por cumplir la cuota de pantalla adquiriendo, con anterioridad al rodaje, derechos de antena de películas nacionales y telefilmes producidos por productoras independientes nacionales, por el valor del cero coma cincuenta por ciento (0,50%) de la facturación bruta anual del año anterior.

Las señales que no fueren consideradas nacionales, autorizadas a ser retransmitidas por los servicios de televisión por suscripción, que difundieren programas de ficción en un total superior al cincuenta por ciento (50%) de su programación diaria, deberán destinar el valor del cero coma cincuenta por ciento (0,50%) de la facturación bruta anual del año anterior a la adquisición, con anterioridad a la iniciación del rodaje, de derechos de antena de películas nacionales”.

³⁶² Veja-se nota acerca da possibilidade de norma sobre conteúdo sem discriminação caracterizadora de censura (seção 3.1).

³⁶³ “ARTICULO 68. — Protección de la niñez y contenidos dedicados. [...].

La reglamentación determinará la existencia de una cantidad mínima de horas de producción y transmisión de material audiovisual específico para niños y niñas en todos los canales de televisión abierta, cuyo origen sea como **mínimo el cincuenta por ciento (50%) de producción nacional** y establecerá las condiciones para la inserción de una advertencia explícita previa cuando por necesidad de brindar información a la audiencia (noticieros /flashes) pueden vulnerarse los principios de protección al menor en horarios no reservados para un público adulto”.

³⁶⁴ “ARTICULO 89. — Reservas en la administración del espectro radioeléctrico. En oportunidad de elaborar el Plan Técnico de Frecuencias, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual deberá realizar las siguientes reservas de frecuencias, sin perjuicio de la posibilidad de ampliar las reservas de frecuencia en virtud de la incorporación de nuevas tecnologías que permitan un mayor aprovechamiento del espectro radioeléctrico:

[...].

f) El treinta y tres por ciento (33%) de las localizaciones radioeléctricas planificadas, en todas las bandas de radiodifusión sonora y de televisión terrestres, en todas las áreas de cobertura para personas de existencia ideal sin fines de lucro.

Las reservas de frecuencias establecidas en el presente artículo no pueden ser dejadas sin efecto.

Teniendo en cuenta las previsiones del artículo 160, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual destinará las frecuencias recuperadas por extinción, caducidad de licencia o autorización, o por reasignación de bandas por migración de estándar tecnológico, a la satisfacción de las reservas enunciadas en el presente artículo, especialmente las contempladas en los incisos e) y f)”.

³⁶⁵ “ARTICULO 123. — Programación. Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado deberá difundir como mínimo sesenta por ciento (60%) de producción propia y un veinte por ciento (20%) de producciones independientes en todos los medios a su cargo”.

Em seção anterior ³⁶⁶, foi preconizada a inadmissibilidade do uso de recursos públicos para a realização de campanha de convencimento do eleitorado. Com o escopo de provocar uma manifestação do Judiciário acerca do assunto, seria possível a formulação de consultas aos tribunais eleitorais versando a respeito da caracterização, em tese, de propaganda eleitoral antecipada por meio de campanhas de convencimento do eleitorado.

O art. 121 da Constituição dispõe que lei complementar disporá a respeito da organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. A Lei n. 4.737/1965, que instituiu o Código Eleitoral (CE), prevê a competência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e dos tribunais regionais para responder às consultas sobre matéria eleitoral que lhes forem feitas, em tese (art. 23, XII, e art. 30, VIII, do CE).

Caso acolhido o entendimento aqui defendido, ter-se-á, seguramente, um efeito educativo apto a minimizar essa prática. Por outro lado, a contenção desse abuso recorrentemente verificado no Brasil também seria feita por meio de ações eleitorais.

Quanto a ações que objetivem aferir concretamente a promoção de um grupo político no poder perante o eleitorado, é possível o uso de representação eleitoral por propaganda antecipada. Nesse caso, a autoridade competente terá oportunidade de aferir, concretamente, o teor do ato de comunicação e constatar se está diante de um caso de publicidade legitimada pela CF (art. 37, §1º) ou se, destituída de caráter educativo, informativo ou de orientação social, não se trata de efetivo ato destinado a promover as ideias do grupo momentaneamente no exercício do poder político.

Tendo em vista que o erário público é prejudicado pela prática, destituída de amparo constitucional, de uso de recursos públicos para a promoção de concepções políticas de um grupo em detrimento de todos os demais que, legitimamente, disputam o convencimento do eleitorado, também é possível a propositura de uma ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF, c/c Lei n. 4.717/1965). Trata-se de ação que visa a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Não se pode olvidar a possibilidade de ação contra os responsáveis pelos gastos voltados à promoção pessoal ou do grupo político do qual faz parte com o fim de ressarcir os cofres públicos. Nesse sentido, também a essas pessoas caberia o ressarcimento de despesas com eventuais ações destinadas à promoção do contraditório informativo (por exemplo, direito de resposta) necessário aos estabelecimento, na medida do possível, do *status quo*

³⁶⁶ Seção 3.4.6.

ante.

Alexandre Sankievicz destaca a possibilidade de propositura de uma ação civil pública (art. 129, III, da CF, c/c Lei n. 7.347/1985) para pleitear, com fulcro no princípio da publicidade, a divulgação dos nomes dos proprietários das empresas de radiodifusão.³⁶⁷

O autor defende também a propositura de consulta ao Tribunal Superior Eleitoral, com arrimo no art. 54 da CF, para determinar se o parlamentar proprietário de cotas de empresas de radiodifusão pode tomar posse. Esse dispositivo da Constituição impõe vedações aos parlamentares: algumas desde a expedição do diploma (art. 54, I) e outras desde a posse (art. 54, II).³⁶⁸

Com fulcro na Lei n. 12.529/2011, que revogou a Lei n. 8.884/1994 e estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBPD), CADE e Ministério Público (art. 20) podem adotar medidas voltadas à garantia da concorrência relacionadas à infrações à ordem econômica. Essa Lei dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e explicita alguns princípios que a orientam (art. 1º).

Com fundamento direto na Constituição Federal (art. 220, § 5º), deve ser admitida ação voltada à repressão às infrações contra a ordem social e a seus princípios específicos. A Lei n. 12.529/2011 é omissa em relação ao abuso do poder ideológico, não explicitando normas designadamente voltadas à fundamentação da tutela do pluralismo informativo.

4.3 MEDIDAS LEGISLATIVAS PARA O CONTROLE DO ABUSO DO PODER IDEOLÓGICO

Conforme já analisado anteriormente³⁶⁹, a concentração multissetorial representa um risco para o acesso à informação. O conglomerado de comunicação com atuação em outros setores da economia está vulnerável ao conflito de interesses na cobertura jornalística de determinados fatos. Por conseguinte, em casos extremos, fatos de invulgar relevância pública podem sequer vir à tona.

Em face desse problema, uma solução seria a vedação do desenvolvimento de atividades em outros setores. Com ou sem a positivação de barreira dessa natureza, para proporcionar ao público condições de, eventualmente, tomar com reservas uma informação veiculada, deve ser obrigatória a divulgação pública, com fácil acesso, de todos os setores de

³⁶⁷ SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214.

³⁶⁸ SANKIEVICZ, Alexandre. **Op. cit.**, p. 214.

³⁶⁹ Seção 3.3.2.

atuação de empresas do setor de comunicação social.

Ademais, tendo em vista, igualmente, a criação de condições para o julgamento do público acerca da confiabilidade das informações recebidas, necessária a divulgação dos seus anunciantes e o percentual de ganhos representado por cada um deles. Com efeito, por exemplo, se um anunciante contribui com 10% (dez por cento) do arrecadado pela empresa, o receptor da mensagem tem um indicativo para avaliar eventuais elogios à eficiência do seu setor de atuação.

Outra medida legislativa, destinada a reduzir o ônus argumentativo dos aplicadores do Direito, consiste na positivação de parâmetros claros para o controle do poder ideológico. A legislação voltada à proteção da concorrência fornece elementos voltados à dimensão econômica, mas não fornece explicitamente, parâmetros para a tutela do pluralismo ameaçado por atos de concentração.

Uma alteração legislativa pode evidenciar que, no âmbito dos meios de comunicação a aferição de posição dominante não se dá pelos mesmos parâmetros verificados em outros setores, haja vista a já mencionada proteção do pluralismo e a sua vinculação com o fenômeno do poder. Nesse sentido, a existência de monopólios ou oligopólios no setor de comunicação não deve depender de uma *ação* contrária à concorrência, mas a um *estado* da empresa consistente na participação no mercado acima de determinado percentual.

Tendo-se em vista o limite fixado pelo § 2º, do art. 36, da Lei n. 12.529/2011, de *lege lata*, seria o caso de uma mudança interpretativa, atenta aos outros princípios constitucionais envolvidos, notadamente os da Ordem Social, pugnar pelo reconhecimento de posição dominante, sem outras exigências.

Não se pode olvidar o fato de a interpretação mencionada ³⁷⁰, adotada pelo Ministério das Comunicações, ao entender que o limite do Decreto-lei n. 236/1967 é aplicável a cada pessoa física, como destacado na doutrina, tornou ineficaz o combate ao abuso do poder ideológico no Brasil e criou condições favoráveis para o controle familiar, não raro com significativa interferência no campo político. Impende, pois, a mudança das normas de regência da matéria de modo a ser instigado o órgão competente a rever seu entendimento.

³⁷⁰ Seção 3.3.2.

5 CONCLUSÃO

A variação terminológica relacionada ao tema sob exame, tanto no âmbito doutrinário quanto no plano normativo, torna necessário o esclarecimento da terminologia utilizada no presente trabalho.

A liberdade de pensamento é gênero que compreende três espécies: liberdade de expressão, liberdade de informação e liberdade de comunicação.

A liberdade de pensamento pode apresentar dimensão individual e institucional. De acordo com a predominância de uma ou de outra dimensão, é preciso vislumbrar a necessidade de deflagração de efeitos jurídicos distintos.

Tanto a dimensão individual do emissor quanto a dimensão coletiva são afetadas pela concentração da propriedade dos meios de comunicação social. Quando isso é verificado, o direito do cidadão de informar é prejudicado assim como o de se informar e de ser informado.

A liberdade de pensamento não se restringe a uma única dimensão dos direitos fundamentais. Ademais, ao longo de seu desenvolvimento histórico, nota-se a sua proteção tanto no aspecto individual quando uma dimensão transindividual.

Da análise do conteúdo da liberdade de pensamento, observou-se que esta transcendeu a simples esfera de proteção individual do emissor da mensagem para adquirir uma dimensão transindividual relacionada ao direito do cidadão ter acesso à informação.

O conteúdo jurídico do art. 220, §5º, da CF relaciona-se à dimensão institucional da liberdade de manifestação do pensamento, especificamente à liberdade de comunicação.

A inserção da proibição de monopólios e oligopólios, diretos ou indiretos, dos meios de comunicação na Ordem Social da Constituição deve ser compreendida como fato de relevante significado jurídico. Com efeito, a vedação não se limita aos parâmetros econômicos.

Ainda que se reconheça a estreita relação entre social e econômico, limitar a vedação do art. 220, §5º, da CF ao aspecto econômico constitui restrição indevida da ampla proteção aos cidadãos fornecida pela norma constitucional.

A vedação do art. 220, § 5º, da CF serve tanto ao combate à concentração do poder econômico quanto à concentração do poder ideológico.

A concorrência dos diversos agentes que atuam no setor de comunicação é um direito fundamental dos cidadãos.

O impedimento inserto no art. 220, §5º, da CF compreende tanto restrições ao controle do mercado quanto a limitação do acesso ao conteúdo de interesse público.

O exercício do poder de mercado no âmbito da comunicação social, em virtude do fato de se relacionar com o poder ideológico, demanda outros parâmetros, não limitados ao campo econômico.

A regulamentação do setor de comunicação social não implica em censura ou controle inconstitucional do conteúdo veiculado.

Assim como já decidido no âmbito da União Europeia, também sob o pálio da Constituição de 1988, a possibilidade de transmissão de conteúdo de interesse público não deve ser submetida a regime de exclusividade, haja vista a interdição do acesso da população à cobertura de fatos de relevância social.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República, é violada por obstáculos ao acesso da população ao patrimônio cultural da sociedade. Essa violação é verificada, entre outras possibilidades, quando se impede o acesso a acontecimentos de grande relevância.

A liberdade de pensamento está inexoravelmente vinculada à dignidade da pessoa humana. As liberdades de informação e de comunicação social, espécies daquela, são particularmente vulneradas pelo direito de transmissão exclusiva.

Em consonância com essas constatações, da vedação de controle da informação de interesse público decorrente do art. 220, §5º, da CF, há de ser reconhecido âmbito de proteção da liberdade jornalística no plano interno: descabe falar-se em demissão com justa causa quando funcionário de empresa de comunicação torna público fato de relevância social, devidamente apurado, objeto de censura interna (no interior das redações).

O monopólio não implica, necessariamente, em falta de pluralismo ou em interdição do acesso à informação e limitação do debate público. A variedade de agentes econômicos, por seu turno, também não é garantia de pluralidade de perspectivas e de efetividade do direito de acesso à informação. Todavia, a preferência constitucional por restrições à concentração da participação no mercado da comunicação social cria condições mais favoráveis à efetividade da livre manifestação do pensamento, o acesso à informação e, em última instância, às condições para a efetividade da democracia no Brasil.

Dado que os diversos meios de comunicação não são submetidos ao mesmo regime jurídico, a efetividade do disposto no art. 220, § 5º, da CF não se alcança com o regime de proteção da concorrência ou de concessões isoladamente considerados.

Infringe a vedação constitucional prevista no art. 220, §5º, da CF a elevada participação em um mercado submetido ao regime de concessão ou concorrência, bem como a participação em múltiplos mercados que, em seu conjunto, comprometam o acesso do público a conteúdo plural.

O fato de se relacionar, ao mesmo tempo, com o exercício do poder econômico e ideológico, com nítidos reflexos sobre o poder político no País, impõe a necessidade de regime diferenciado para os meios de comunicação social, com limites ao percentual de participação no mercado mais restritos do que os verificados em outros setores da economia.

O exercício do poder de mercado no âmbito da comunicação social, em virtude do fato de se relacionar com o poder ideológico, demanda outros parâmetros, não limitados ao campo econômico.

O percentual elevado de participação no mercado facilita o hiperdimensionamento de uma perspectiva sobre a realidade com prejuízo do acesso à informação pelos cidadãos e, por conseguinte, com implicações sobre a efetividade da prática democrática no Estado.

O órgão competente para o exame das diversas espécies de concentração dos meios de comunicação (concentração horizontal, concentração vertical, conglomerados e concentração multimídia) deve aferir o percentual elevado de participação no mercado.

O art. 220, §5º, da CF impõe uma proibição. De acordo com entendimento doutrinário amplamente difundido no Brasil, normas que impõem vedações possuem eficácia direta e aplicabilidade imediata. Por conseguinte, considerando-se ainda a natureza principiológica do direito fundamental à concorrência, as ações destinadas a impedir monopólios e oligopólios, diretos e indiretos, independem da produção de outras normas.

Não obstante ser norma dotada de eficácia direta e aplicabilidade imediata, não se pode deixar de reconhecer a conveniência, após amplo debate, da disciplina específica sobre a participação no mercado de comunicação social. A disciplina jurídica de um direito, longe de suprimi-lo, permite o seu preciso delineamento. De outro modo, como já observado pela doutrina, tem-se um quadro de insegurança jurídica quanto aos limites relacionada ao art. 220, §5º, da CF.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Perseu. **Padrões de manipulação na grande imprensa**. 3. reimpressão. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

ALEXY, Robert. *A dignidade humana e a análise da proporcionalidade*. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito constitucional: teoria geral da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 721-732. (Coleção doutrinas essenciais, v. 1)

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALIMONTI, Veridiana. **Entre mercadoria e democracia nas políticas para televisão no Brasil: lições e fundamentos para uma regulação democrática e convergente**. [Dissertação de Mestrado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26022015-162337/pt-br.php>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

ANTUNES, Américo. Democratização da informação. In: CAVALCANTI FILHO, José Paulo (org.). **Informação e poder: ampla liberdade de informação X responsabilidade no exercício dessa liberdade**. Rio de Janeiro: Record; Recife: Fundação Cultural, 1994, p. 109-116.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Apelación extraordinaria G.439, L.XLIX, de 29 de outubro de 2013**. Disponível em: <http://estudios.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/979/G_439_XLIX.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6024: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6027: informação e documentação: sumário: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6028: informação e documentação: resumo: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 15287: informação e documentação: projeto de pesquisa: apresentação. Rio de Janeiro, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZZARITI, Gaetano. **Contro il revisionismo costituzionale:** tornare ai fondamentali. Bari: Editori Laterza, 2016.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência. *In:* SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). **Direito Econômico Concorrencial**. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 197-244. (Série GVlaw: Direito econômico)

BADARÓ, Líbero. **Liberdade de imprensa**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2011.

BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados internacionais no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BEDIN, Victoria. Tutela jurisdiccional del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información: el caso Clarín em Argentina. *In:* FAMIGLIETTI, Gianluca; ROMBOLI, Roberto (coord.). **La tutela dei diritti fondamentali attraverso le esperienze dei paesi di provenienza di alcuni dei partecipanti al corso di alta formazione in giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti:** atti dei seminário interni dei Corsi 2015 e 2016. Pisa: Pisa University Press, 2017, p. 23-35.

BIANCA, Mirzia. Il caso Perinçek: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 15 ottobre 2015, Perinçek c. Svizzera. *In:* BIANCA, Mirzia; GAMBINO, Alberto; MESSINETTI, Raffaella (coord.). **Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali: profili applicativi nei social networks**. Milão: Giuffrè Editore, 2016, p. 188-193.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução João Ferreira. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Os intelectuais e o poder:** dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da

Universidade Estadual Paulista, 1997. (Biblioteca básica)

BOBBIO, Norberto. Política. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Il dizionario di política**. 10. reimpressão. Torino: UTET Librerie, 2012, p. 710-717.

BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. **O direito como instrumento de proteção dos vulnerados na seara das sexualidades**. [Tese de Doutorado] Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2015. Disponível em:

<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17762/1/Urbano%20F%20C3%A9lix%20Pugliese%20do%20Bomfim%20-%20Tese%20finalizada.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2015.

BOTELHO, André. O poder ideológico: Bobbio e os intelectuais. *In*: **Lua nova**, n. 62, 2004, p. 93-111. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n62/a06n62>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cartilha do CADE**. <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal**. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50/2001 – Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal**. <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - RICADE**. <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 04 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.884/94 – Prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm#art88>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Lei n. 12.529/11 – Mensagem de veto.**

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Msg/VEP-536.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Lei n. 12.529/11 – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.**

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, de 2009.** Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 30.05.16.

Supremo Tribunal Federal. Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130. Relator Min. Carlos Britto. Julgada em 30 abr 2009, *DJ* 06 nov 2009.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998. Tomo I.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Oposição na política:** propostas para uma reestruturação da democracia. São Paulo: editora Angelotti, 1995.

CAMARGO, Cláudio. O meio é a mensagem: a globalização da mídia. *In:* MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (org.). **História da imprensa no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Contexto, 2011, p. 269-284.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada, volume 1.** São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra-PT: Coimbra Editora, 2007.

CARETTI, Paolo. **Diritto dell'informazione e dela comunicazione:** stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema. 5. ed. Bologna: il Mulino, 2013.

CARETTI, Paolo; BARBIERI, Giovanni Tarli. **I diritti fondamentali:** libertà e diritti social. 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Maria Lília Dias de. A linguagem da promoção no telejornalismo. *In:* GOMES, Itania Maria Mota (org.). **Televisão e realidade.** Salvador: EDUFBA, 2009. P. 125-139.

CAVALCANTI FILHO, José Paulo (org.). **Informação e poder:** ampla liberdade de informação X responsabilidade no exercício dessa liberdade. Rio de Janeiro: Record; Recife: Fundação Cultural, 1994.

CAVALCANTI FILHO, José Paulo. E Lord Jones morreu: discurso por controle democráticos ao poder dos meios de comunicação. *In:* CAVALCANTI FILHO, José Paulo

(org.). **Informação e poder**: ampla liberdade de informação X responsabilidade no exercício dessa liberdade. Rio de Janeiro: Record; Recife: Fundação Cultural, 1994, p. 25-63.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 149-166.

COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. *In*: **Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 25, n. 72, p. 251-276, mai./aug. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142011000200020&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 fev. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Nótula sobre o direito à comunicação social. *In*: CAVALCANTI FILHO, José Paulo (org.). **Informação e poder**: ampla liberdade de informação X responsabilidade no exercício dessa liberdade. Rio de Janeiro: Record; Recife: Fundação Cultural, 1994, p. 65-70.

COMPARATO, Fábio Konder. Tocando no ponto nevrálgico: a democratização da informação e da comunicação social. *In*: **Revista da Universidade de São Paulo**, São Paulo, p. 49-58, jul./set. 1987. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rusp/article/view/132503/128622>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

CRISAFULLI, Vezio. **In difesa della libertà di stampa: osservazioni sul disegno di legge governativo**. Roma: Associazione italiana giuristi democratici, 1952.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. 2. ed., 5. reimpressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da. “Elogio da comparação dos direitos”. *In*: AGOSTINI, Eric. **Direito comparado**. Tradução Fernando Couto; prefácio. PORTO-Portugal: Resjurídica, s.d., p. 5-8.

CUNIBERTI, Marco. Televisione e posizioni dominante. *In*: CUNIBERTI, Marco; LAMARQUE, Elisabetta; TONELETTI, Bruno; VIGEVANI, Giulio Enea; SCHLEIN, Maria Paola Viviani. **Percorsi di diritto dell’informazione**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006, p. 257-291.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. (Coleção justiça e direito)

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado**: introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DOMINGUES-DA-SILVA, Juliano; ZAVERUCHA, Jorge; FIGUEIREDO FILHO, Dalson;

ROCHA, Enivaldo Carvalho da. Mais concentração de propriedade de Mídia, menos democracia? Testando possibilidades de associação entre variáveis. *In: Intercom - RBCC*, [S.l.], vol. 38, n. 1, p. 65-84, jan./jun. 2015.

ENGEL, Pascal; RORTY, Richard. **Para que serve a verdade?**. Tradução Antonio Carlos Olivieri. São Paulo: UNESP, 2008.

ESPOSITO, Carlo. **La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano**. Milão: Giuffrè Editore, 1958.

FERNANDES, André de Godoy. **Meios de comunicação social no Brasil**: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. [Tese de Doutorado] São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/publico/Andre_de_Godoy_Fernandes_Tese.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed. Curitiba: positivo, 2004.

FISS, Owen M.. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução Gustavo Binenbojm; Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. **Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão**: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARDINI, Gianluca. **Le regole dell'informazione**: dal cartáceo al bit. 3. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2014.

GIELOW, Igor. Gastos do governo federal com publicidade estatal caem no governo Temer. **Folha de São Paulo**, 27 out. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/gastos-do-governo-federal-com-publicidade-estatal-caem-no-governo-de-temer>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

GILI, Guido. **Il problema della manipolazione**: peccato originale dei media? Milão: FrancoAngeli, 1996.

GOMES, Itania Maria Mota (org.). **Televisão e realidade**. Salvador: EDUFBA, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998 (Trattato di diritto civile e commerciale, Vol. 1, T. I).

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

GUTMANN, Juliana Freire; SANTOS, Thiago Emanuel Ferreira dos; GOMES, Itania Maria

Mota. “Eles estão à solta, mas nós estamos correndo atrás”: jornalismo e entretenimento no *Custe o Que Custar*. In: GOMES, Itania Maria Mota (org.). **Televisão e realidade**. Salvador: EDUFBA, 2009, p. 75-90.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 46, de 3 de julho de 1961**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1961/0046s-61.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 59, de 6 de julho de 1960**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1960/0059s-60.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 148, de 14 de julho de 1981**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1981/0148s-81.html>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 155, de 24 de abril de 2002**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/2002/0155s-02.html>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 202, de 15 de julho de 1976**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1976/0202s-76.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 225, de 9 de julho de 1974**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0225s-74.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 226, de 9 de julho de 1974**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0226s-74.html>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 420, de 5 de dezembro de 1994**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1994/0420s-94.html>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 466, de 20 de novembro de 2002**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/2002/0466s-02.html>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

ITÁLIA. Corte Constitucional. **Acórdão n. 826, de 13 de julho de 1988**. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1988/0826s-88.html>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

JOSÉ, Emiliano. **Imprensa e poder: ligações perigosas: a CPI do PC, do Collor e do Orçamento numa análise inédita**. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2010.

KOLESKI, Fábio Lúcio. **Defesa da concorrência na TV por assinatura: a lógica da experiência brasileira**. [Dissertação de Mestrado] Brasília: Universidade de Brasília, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/7608>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

JORQUERA, Osvaldo Corrales; MOYA, Juan Sandoval. Concentración del mercado de los medios, pluralismo y libertad de expresión. [S.l.]: Universidad de Chile – Instituto de la Comunicación e Imagen – Centro de Estudios de la Comunicación, s.d., p. 1-22. Disponível

em: <http://www.uchile.cl/documentos/descargar-texto-completo-del-articulo-pdf-196kb_25646_0.pdf>. Acesso em 06.11.2016.

LANDA ARROYO, César. **Los derechos fundamentales**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 25. reimpressão. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. (Antropologia social)

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Liberdade de Imprensa e Estado de Direito**. Recife: OAB-PE, 1975.

LIMA, Venício Artur de (org.). **A mídia nas eleições 2006**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

LIMA, Venício A. de. **Liberdade de expressão x Liberdade de imprensa: Direito à comunicação e democracia**. São Paulo: Publisher Brasil, 2010.

LIMA, Venício A. de. **Política de comunicações: um balanço dos governos Lula (2003-2010)**. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

LOGAN, Robert K.. **Que é informação?: a propagação da informação na biosfera, na simbolosfera, na tecnosfera e na ecosfera**. Tradução Adriana Braga. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2012.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOSURDO, Domenico. **Il revisionismo storico**. 5. ed. Bari: Editori Laterza, 2002. (Biblioteca di Cultura Moderna)

LOSURDO, Domenico. Negacionismo e libertà di ricerca. 2007, p. 4. Disponível em: <<http://domicolosurdopolemicalibertaricerca.blogspot.com>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

MACEDO, Isabella. Governo Temer gastou R\$ 110 milhões em propaganda de reforma da Previdência fracassada. **UOL**, 27 abr. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/reforma-da-previdencia-fracassada-no-congresso-custou-r-110-milhoes-em-14-meses>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

MARX, Karl. **Liberdade de imprensa**. Tradução Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2009.

MATTOS, César Costa Alves de. Introdução à teoria econômica dos cartéis. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). **Direito Econômico Concorrencial**. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 245-290. (Série GVlaw: Direito econômico)

- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito constitucional**: teoria geral da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 673-680. (Coleção doutrinas essenciais, v. 1)
- MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010.
- MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Escala, 2006. (Coleção Grandes obras do pensamento universal – 44)
- MILTON, John. **Areopagítica**: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Tradução Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. Atualizador Wilson Rodrigues Alves. Campinas-SP: Bookseller, 2002.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Vol. IV – Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Vol. VII – Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito constitucional**: teoria geral da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1267-1287. (Coleção doutrinas essenciais, v. 1)
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Transparencia y concentración en la propiedad de medios informativos”. **Política y medios de comunicación**. [S.l.]: s.e., s.d., p. 87-115.
- NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. **Pluralismo político**: subsídios para análise dos sistemas partidários e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal. 1. ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997. (Coleção juristas da atualidade)
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e jornalismo**. São Paulo: Verbatim, 2011.
- PASQUINO, Gianfranco. **La costituzione in trenta lezioni**. Torino: UTET, 2015.
- PAVANI, Giorgia. La *governance* dei sistemi radiotelevisivi pubblici: una questione culturale. *In*: **federalismo.it**: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo, n. 1, 04 mar 2016. Disponível em:

<<https://federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=31529&dpath=document&dfile=04032016183818.pdf&content=La%2Bgovernance%2Bdei%2Bsistemi%2Bradiotelevisivi%2Bpubblici%3A%2Buna%2Bquestione%2Bculturale%2B-%2Bstato%2B-%2Bdottrina%2B-%2B>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. **Introduzione al diritto pubblico comparato: metodologie di ricerca**. Verona: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2002.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção direito econômico / coordenador Fernando Herren Aguillar)

PÉREZ SERRANO, María José. “La concentración de medios de comunicación: aproximación teórico-práctica bajo la perspectiva bifocal de defensa de la competencia y pluralismo”. **La ética y el derecho de la información em los tempos del postperiodismo**. [S.l.]: s.e., s.d., p. 465-486. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2539929>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

PICCONE, Néstor. **La inconclusa ley de médios: la historia menos contada**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Continente, 2015.

PIKETTY, Thomas. **A economia da desigualdade**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIVA, Juliana dal; RIBEIRO, Alexsandro. Quanto custou a propaganda federal que defende a reforma da Previdência?. **UOL**, 10 ago. 2017. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2017/08/10/quanto-custou-propaganda-reforma-previdencia>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

RESTA, Giorgio. La memoria, la storia e le regole. *In*: BIANCA, Mirzia; GAMBINO, Alberto; MESSINETTI, Raffaella (coord.). **Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali: profili applicativi nei social networks**. Milão: Giuffrè Editore, 2016, p. 183-187.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle**. Curitiba: Juruá, 2009.

ROGEL, Alberto Javier Mayorga; ROJAS, Carlos del Valle; VALDEBENITO, Luis Nitrihual. Concentración de la propiedad de los médios de comunicación en Chile. La compleja relación entre oligopolio y democracia. *In*: **Anagramas**, vol. 9, n. 17, jul./dez. 2010, Medellín-Colômbia: Universidad de Medellin, 2010, p. 131-148. Disponível em: <<https://revistas.udem.edu.co/index.php/anagramas/article/view/471>>. Acesso em 06.11.2016.

ROJAS, Carlos Del Valle; MELLADO RUIZ, Claudia; SALINAS MERUANE, Paulina; GONZÁLES RODRÍGUES, Gustavo. La concentración de la propiedad de los médios de comunicación en Chile. De la propiedad al mercado de la publicidade: Los desafíos pendientes. *In*: **Sapiens – Revista Universitaria de Investigación**, vol. 12, n. 1, jan./jun.

2011, Caracas-Venezuela: Universidad Pedagógica Experimental Libertador, 2011, p. 44-60. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/410/41030367003.pdf>>. Acesso em 06.11.2016.

ROSINA, Mônica Steffen Guise. “Meu trabalho precisa de direito comparado?”. *In* QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. 1. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 123-135. (Série GVlaw)

SABINO, Pedro Augusto Lopes. Concentração da propriedade dos meios de comunicação social no Brasil e o reflexo sobre o direito à informação. *In*: CALZO, Antonello Lo; ROMBOLI, Roberto (coord.). **Esperienze di tutela dei diritti fondamentali a confronto: seminario interno del Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale**, anno 2018. Pisa: Pisa University Press, 2018, p. 85-93.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. **Concentración de la propiedad de los medios de comunicación social: vadicación constitucional y obstáculos y su efectividad em el orden jurídico brasileño y argentino**. [Monografia de Especialização] Salamanca: Universidad de Salamanca, 2017a.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. Direito concorrencial e a vedação de monopólios e oligopólios na comunicação social brasileira. *In*: SOUZA, Wilson Alves de; SABINO, Pedro Augusto Lopes (coord.). **Processo e efetividade dos direitos**. Salvador: Dois de Julho, 2017b, p. 277-297.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. Direito de resposta: fundamento para o direito de réplica política na ordem jurídica brasileira. **Observatório da Imprensa** (www.observatoriodaimprensa.com.br), Seção - Jornal de debates, p. 1 - 3, 06 ago. 2013b.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. “Escorço histórico em trabalhos acadêmicos da seara jurídica: problemas relacionados à dissociação entre histórico e referenciais teóricos”. *In*: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito – Vol. V**. Salvador: Paginae, 2013a, p. 467-480.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. Liberdade de informação jornalística e o direito de crítica aos governantes: comparação entre Primeira República e ordem constitucional vigente. *In*: GREGORI, Isabel Christine Silva De; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; ASSAFIM, João Marcelo de Lima (coord.). **Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 226-246. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/pm96fr8x/R39n1J6I26Z7p2kq.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. **Liberdade de informação jornalística na Constituição de 1988 e o acesso aos meios de comunicação no exercício do direito de resposta**. [Dissertação de Mestrado] Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2013b. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12230/1/PEDRO%20AUGUSTO%20LOPES%20SABINO.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. **Liberdade de manifestação do pensamento na ordem**

jurídica brasileira: limitações ao exercício do poder ideológico por meios de comunicação social. [Monografia de Especialização] Pisa: Università di Pisa, 2018a.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. Liberdade de informação jornalística: o conceito de notícia e os seus reflexos sobre o direito de resposta. *In: Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI: A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 8157-8181.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. Limitações aos direitos de exclusividade de transmissão de grandes eventos esportivos decorrentes da dignidade humana. *In: MATOS, Taysa; GOSTINSKI, Aline (org.). Dignidade da pessoa humana: estudos para além do direito.* Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017c, p. 257-277.

SABSAY, Daniel A.; LORETI, Damián M.. **El fallo “Grupo Clarín”:** dos puntos de vista – Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual Libertad de prensa. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.

SALGADO, Sebastião; BUARQUE, Critovam. **O berço da desigualdade.** Brasília: UNESCO, 2005.

SALGADO, Sebastião. **Kuwait:** um deserto em chamas. Colônia: Taschen, 2016.

SALGADO, Sebastião. **Trabalhadores:** uma arqueologia da era industrial. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo:** perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série GVlaw: Direito econômico)

SARAIVA, Paulo Lopo. A comunicação social na Constituição Federal de 1988. *In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 409-415.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Constituição e mídia no Brasil.** São Paulo: MP Editora, 2006.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, política e justiça na contemporaneidade.** Campinas: Edicamp, 2002.

SARMENTO, Daniel. Art. 220. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2132-2140.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns:** television e post-pensiero. Bari: Editori Laterza, 2000.

SARTORI, Giovanni. **Pluralismo, multiculturalismo e estranei:** saggio sulla società multiétnica. 3. ed. Milão: Rizzoli, 2000.

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Grupo Clarín AS y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro. **Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 336, II.** Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2016, p. 1774-2136.

SCHNEIDER, Andressa C. **Do Direito da Concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/dezembro/novo-volume-da-serie-monografias-e-publicado-pelo-cej>>. Acesso em: 24 fev. 2018. (Série monografias do CEJ; v. 29)

SILVA, José Afonso da. **APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**. 3. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2001.

SOUTO, José Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Wilson Alves de. Jurisdição. In: SOUZA, Wilson Alves de (coord.). **O direito processual em transformação**. Salvador: Dois de Julho, 2016, p. 15-41.

SUNSTEIN, Cass R.. **Republic.com: cittadini informati o consumatori di informazioni?** Tradução Antonio Diez e Daniele Donati. Bologna: il Mulino, 2003.

SUNSTEIN, Cass R.. **Voci, gossip e false dicerie: come si diffondono, perché ci crediamo, come possiamo difenderci**. Tradução Lucia Cornalba. Milão: Giangiacomo Feltrinelli, 2010.

TAVASSI, Ana Paula Chudzinski. Regulação da mídia e Direito da Concorrência no Brasil: a interface entre democracia e concorrência no mercado televisivo brasileiro. In: **Revista de Defesa da Concorrência**, [S.l.], vol. 3, n. 1, p. 206-232, mai. 2015. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/161/100>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da união Europeia**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **C-201/11 P, de 18 de julho de 2013-b**. Disponível em: <http://estudios.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/821/C_201.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **C-283/11, de 22 de janeiro de 2013-a**. Disponível em: <http://estudios.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/41/C_283_11_TJUE.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2016.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **Teoria geral do controlo jurídico do poder**

público. Lisboa: Cosmos, 1996.

VIEGAS, Cláudia Assunção dos Santos; ALMEIDA, Silvia Fagá de. Economia da concorrência: estruturas de mercado. *In*: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). **Direito Econômico Concorrencial**. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19-46. (Série GVlaw: Direito econômico)

VILLAMÉA, Luiza. Revolução tecnológica e reviravolta política. *In*: MARTINS, Ana Luiza; LUCA, Tania Regina de (org.). **História da imprensa no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2011, p. 249-267.

WESTRUP, Ana Carolina; MELO, Paulo Victor. Experiência de regulação da mídia na América Latina e apontamento para o caso brasileiro. **GT6: Economia Política das Comunicações**: XII Congreso de la Asociación Latinoamericana de investigadores de la Comunicación (ALAIC). Lima (Peru): ALAIC, 2014. Disponível em: <<http://congreso.pucp.edu.pe/alaic2014/wp-content/uploads/2013/09/gt6-Westrup-Melo.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

ZACCARIA, Roberto; VALASTRO, Alessandra; ALBANESI, Enrico. **Diritto dell'informazione e della comunicazione**. 8. ed. Milão: CEDAM, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo; CANFORA, Luciano. **La maschera democratica dell'oligarchia**: um dialogo a cura di Geminello Preterossi. Bari: Editori Laterza, 2015.