

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A radiodifusão como serviço público
Consequências da definição da radiodifusão como serviço público na
possibilidade de imposição de cotas de conteúdo nacional

Graduanda: Laura Fernandes de Lima Lira
Matrícula: 04/86965

Brasília-DF
Agosto, 2009

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A radiodifusão como serviço público
Consequências da definição da radiodifusão como serviço público na
possibilidade de imposição de cotas de conteúdo nacional

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade de Brasília – UnB, elaborada sob a orientação do Prof. Márcio Iorio Aranha.

Graduanda: Laura Fernandes de Lima Lira
Matrícula: 04/86965

Brasília-DF
Agosto, 2009

Agradecimentos

Agradeço a Deus.

Agradeço aos meus pais por serem os meus grandes apoiadores nessa vida, pelos eternos incentivos, por serem meus professores diários, por me ensinarem a importância dos estudos e por estarem sempre aí me amando não importa o quê.

Agradeço aos meus irmãos. À Sofia por ser minha eterna companheira, por me acompanhar nessa estrada, compartilhar tantos momentos e por ser fonte de alegria diária. Ao Lucas que mesmo distante se faz presente, que aguenta meus choros acadêmicos e que sempre acredita que eu vou conseguir. Aos dois por todas as conversas, todos os filmes ruins, todas as manhãs divididas, segredos, angústias e principalmente por todos os risos.

Agradeço aos meus colegas de faculdade cuja convivência foi fundamental para superar esses anos, pelos incentivos, pelas risadas e pela torcida.

Agradeço ao Bruno por estar aqui.

Agradeço ao professor Márcio pelo exemplo, ensinamentos, apoio e oportunidades de pesquisa.

Agradeço à Miriam pelas indicações bibliográficas e discussões sempre proveitosas.

Agradeço, por fim, aos colegas do GETEL pelo apoio acadêmico e por dividirem comigo as manhãs de sábado.

Resumo

O serviço de radiodifusão, principalmente no que se refere à televisão comercial, possui grande impacto na vida moderna. Contudo esse serviço enfrenta alguns dilemas no que concerne à atuação Estatal no setor e o respeito à liberdade de expressão. Para lidar com esses problemas, é necessária uma abordagem sobre a natureza jurídica do serviço e as consequências de sua definição.

A proposta deste trabalho é desvendar a natureza jurídica do serviço de radiodifusão tal como previsto na Constituição de 1988, bem como analisar as diferenças entre esse controle e a limitação à liberdade de expressão, para, a partir disso, estudar a aplicação desse instituto no arcabouço jurídico brasileiro, principalmente no que concerne à imposição de cotas de conteúdo nacional.

Estuda-se o conceito de serviço público e as limitações que ele impõe ao prestador do serviço, o aparato normativo do controle de conteúdo, e, por fim, as experiências de novos projetos de lei que visam instituir limites e controle de conteúdo aos serviços de comunicação eletrônica de massa.

Conclui-se que os princípios jurídicos decorrentes da titularidade estatal dos serviços de radiodifusão não têm sido reforçados por medidas concretas de incentivo à produção nacional, mas as discussões atuais do Congresso Nacional levantam um de seus aspectos, que é a exigência de reserva de programação para essa produção nacional.

Resumen

El servicio de radiodifusión, principalmente, en lo que se refiere a la televisión comercial, posee un gran impacto en la vida de las personas. Sin embargo, ese servicio enfrenta algunos dilemas en relación a la actuación estatal en el sector. Para trabajar con estos problemas, es necesario un abordaje sobre la naturaleza jurídica del servicio y las consecuencias de su definición.

La propuesta de este trabajo es desvendar la naturaleza jurídica del servicio de radiodifusión tal cual se encuentra en la Constitución de 1988, así también como estudiar las diferencias entre el control de la actividad de radiodifusión y la limitación a la libertad de expresión, para, entonces, estudiar la aplicación de este instituto en el cuadro normativo brasileño, principalmente en lo que se refiere a la imposición de cuotas de contenido nacional.

Con esta intención, fue realizado el estudio del concepto de servicio público y las limitaciones que ello impone al prestador del servicio, el cuadro normativo del control de la programación, y, por fin, el estudio de las experiencias de nuevos proyectos de ley que visan instituir limitaciones y control de la programación a los servicios de comunicación electrónica de masa.

La conclusión es que los principios jurídicos que emergen de la titularidad estatal de los servicios de radiodifusión no han sido reforzados por acciones concretas de incentivo a la producción nacional, todavía existen discusiones en el Congreso Nacional que tratan de uno de sus aspectos, que es la exigencia de cuotas de programación para la producción nacional.

Abstract

Modern life is largely influenced by broadcast services in Brazil, with special attention to commercial television. Policy makers face a constant dilemma over how to rule this sector without damaging the right of speech. To deal with this issue it is necessary to study these services' juridical nature and the consequences of its definition.

This essay proposes an outlook of broadcast services' juridical nature as stated in the 1998 Constitution and also analyzes the limits between regulating these activities and restraining the liberty of speech. These concepts will be then applied to the Brazilian juridical framework with emphasis on the imposition of required percentages on national content distribution (*cotas de conteúdo nacional*).

The concept of public service and the limitation that it imposes upon electronic mass communication service providers, the normative tools of content control and the outcomes of new legislation pertaining content control and other regulatory issues are then analyzed.

The conclusion is that the juridical principles related to the state's responsibility on broadcast services have not being reflected into concrete benefits towards national content production. On the other hand, the Brazilian Congress is currently holding discussions on how to safeguard television airtime for national content.

Sumário

Introdução.....	8
1. O serviço de radiodifusão no Brasil e os limites da liberdade de expressão.....	10
1.1 A definição da Radiodifusão como Serviço Público	10
1.2 Separação entre Telecomunicações e Radiodifusão.....	16
1.3 Interferência na prestação da radiodifusão	23
1.3.1 Princípios de serviço público aplicáveis à radiodifusão.	23
1.3.2 Escassez do Espectro.....	28
1.4 A Liberdade de Expressão: preceito fundamental inerente à prestação do serviço de radiodifusão	31
2 Formas de controle de conteúdo presentes no arcabouço normativo da radiodifusão de sons e imagens.....	43
2.1 Controle Administrativo.....	43
2.2 Controle Social	46
2.3 Controle Judicial.....	47
2.4 Controle legislativo	51
2.4.1 Limites ao Capital Estrangeiro.....	52
2.4.2 Restrições à publicidade	54
2.4.3 Cotas de Programação	56
3 O projeto de lei nº 29.....	62
3.1 Texto original.....	63
3.2 Substitutivo Deputado Wellington Fagundes	64
3.3 Substitutivo Deputado Jorge Bittar.....	66
3.4 Substitutivo Deputado Vital do Rêgo Filho	69
Conclusão	73
Referências Bibliográficas	76

Introdução

A radiodifusão há muito se tornou um importante meio de difusão de idéias e pensamentos. Comprovante disso é a imensa inserção de televisões e rádios nos domicílios brasileiros. Estima-se que 94,8% dos domicílios possuam TVs e que 88,4%, rádios¹. Tal estatística alerta para a importância desse serviço no cotidiano nacional.

Por um lado, a evolução da comunicação e sua intromissão nos domicílios brasileiros contribuiu para uma melhoria nos níveis de cidadania, e por outro gerou alguns subprodutos. A liberdade de expressão, adstrita àqueles que detêm outorgas para a prestação do serviço, não garante por si só benefícios ao cidadão. Como fazer para que as mídias atinjam objetivos como a difusão de educação, cultura e diversidades?

Nesse cenário é que surge o questionamento sobre a possibilidade de o Estado intervir na prestação desses serviços.

A questão da regulação de conteúdo no Brasil é até hoje mal vista pela sociedade e principalmente por alguns atores do setor de telecomunicações, que sustentam ser esse mecanismo estatal uma forma de censura, limite à liberdade de expressão. A existência de um projeto de Lei na Câmara dos Deputados, que visa impor cotas de conteúdo nacional às programações da TV por assinatura, fez ressurgir o debate sobre a atuação do Estado nos serviços de comunicação social de massa.

O Projeto de Lei é polêmico, pois atinge interesses de diversos atores do setor de telecomunicações: as teles (com seu poderio econômico), as radiodifusoras (com seu poderio político), as empresas de TV por assinatura, programadores e produtores independentes. Uma visão dos princípios administrativos e do papel do Estado Democrático de Direito se faz necessária para balizar as discussões e não se perder a oportunidade de analisar o atual quadro da regulação dos serviços de comunicação de massa brasileiro.

O objetivo dessa monografia é, portanto, decifrar o conjunto de aspectos institucionais que giram em redor do controle de conteúdo, especificamente no que se refere ao incentivo à produção nacional, e verificar em que medida isso forma um quadro normativo coerente.

¹IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1992/2007*. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas/exibedados.php?idnivel=BR&idserie=FED214. Acessado em 12.06.2009.

No primeiro capítulo avaliar-se-á a natureza do serviço de radiodifusão, bem como a possibilidade de interferência do Estado na prestação desse serviço tendo-se em vista a sua natureza de serviço público. Também se considerará a consequência de uma dita escassez do espectro de radiofrequências e o conceito de liberdade de expressão. A idéia é estabelecer um marco para uma posterior avaliação normativa.

O segundo capítulo trará uma avaliação normativa detalhada das formas de controle de conteúdo existentes no setor, analisando os atuais tipos de interferência do Estado e quais mecanismos estão sendo utilizados nas novas legislações que surgem no âmbito da comunicação eletrônica de massa.

À luz do primeiro e segundo capítulo, verificar-se-á em que consiste, propriamente, a imposição de cotas de conteúdo nacional. A partir do estudo do Projeto de Lei nº 29, analisar-se-ão as alternativas de aplicação do controle de conteúdo no País, procurando-se identificar os mecanismos utilizados no que concerne ao incentivo à produção nacional.

1. O serviço de radiodifusão no Brasil e os limites da liberdade de expressão.

1.1 A definição da Radiodifusão como Serviço Público

A noção de serviço público é uma noção cambiante, a sua definição e os atributos jurídicos dela decorrentes contribuem de forma decisiva na percepção dos limites ao exercício das atividades de radiodifusão. Ao se iniciar um trabalho que busca aferir os limites de controle e direcionamento estatal do conteúdo radiodifusor, importa um esclarecimento prévio da natureza jurídica de serviço público da radiodifusão e as consequências que decorrem dessa definição.

O conceito de serviço público é um conceito polêmico, que não possui unanimidade entre os doutrinadores. A sua origem advém da doutrina francesa, que se debruçou pelo assunto destinando parte considerável dos estudos de direito administrativo à sua definição.

Os grandes expoentes desses estudos são Léon Duguit e Gaston Jéze. Para Duguit, serviço público está intimamente ligado à noção de “interesse geral”, podendo esse interesse incorrer em atividades com execução exclusiva do Estado, ou em outras atividades que podem ser realizadas pelo poder público em concorrência com particulares.² Jéze também se apóia na idéia de interesse geral, ressaltando que o serviço público não é único meio de se satisfazer esse interesse. Para o autor francês, dizer que um serviço é público significa dizer que se aplicam a esses serviços regras e teorias especiais, ou seja, que existe para esses serviços um regime jurídico especial, legal e regulamentar.³ As formulações doutrinárias francesas influenciaram os pesquisadores da Europa Continental e da América Latina refletindo em seus estudos sobre os serviços públicos.

Pedro Gonçalves define como conceito de serviço público aquele que se refere a uma tarefa administrativa, “uma actividade de que a Administração é titular e por cujo exercício é responsável (responsabilidade de execução)”⁴. Abarca como carácter essencial em seu conceito a idéia de prestação, compreendendo outras características

² DUGUIT, Leon. *Transformations du Droit Public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913: 43-52; e DUGUIT, Leon. *Droit Constitutionnel*. Vol. 2. Paris: Ancienne Librairie Fontermoing & C, 1923: 55-64.

³ JÉZE, Gaston. *Los principios generales del derecho administrativo – La noción del servicio público*. Tradução para o espanhol: OVIEDO, Carlos Garcia. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 289.

⁴ GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 36.

como uma atuação ativa de natureza técnica “que satisfaz, direta ou indiretamente, necessidades coletivas dos indivíduos”⁵, incluindo em seus exemplos a prestação do serviço de radiodifusão.

No Brasil, Themistocles Cavalcanti afirma que a definição de serviço público é relativa. Ela depende do tempo, local e tipo de regime de cada Estado. Desse modo, em um Estado liberal, devido a pouca ingerência do Estado em atividades que não estejam entre suas finalidades necessárias e obrigatórias, os serviços públicos serão entendidos de uma forma, enquanto que em um Estado Social, como o Estado é mais atuante e busca distribuir de forma equitativa as vantagens resultantes das atividades individuais, ou busca evitar a especulação e os abusos provenientes do desequilíbrio social e econômico, a definição será outra.⁶

Além de observar determinadas condições, como local e época, a definição de serviço público, para o professor, passa pela integração dentro do conjunto dos serviços que são considerados públicos, não dependendo do regime interno do serviço, podendo ele ser prestado em regime privado ou público. É a natureza e finalidade do serviço que irão definir se ele é público ou não.

Assim, o autor classifica como serviços públicos os serviços prestados diretamente pelo Estado, bem como aqueles explorados por meios indiretos, como as concessões. O serviço, para ser considerado público, deve obedecer a um regime jurídico peculiar fixado pelo Estado; deve ser controlado por ele, e se destinar ao público em geral, sem visar “benefícios e interesses individuais”⁷. Ainda, os órgãos Estatais devem ter competência para proteger diretamente a execução do serviço. A intervenção é um dos elementos necessários para a classificação do serviço como público.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho entende que a noção de serviço público está vinculada ao grau de sensibilidade de que se revestem as atividades, se debruçando sobre a configuração de serviço público como uma espécie de atividade econômica⁸.

⁵ GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 37.

⁶CAVALCANTI, Themistocles. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª edição. São Paulo: Freitas Barros, 1964. p. 223.

⁷CAVALCANTI, Themistocles. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª edição. São Paulo: Freitas Barros, 1964. p. 231.

⁸ Sundfeld define as atividades econômicas residualmente, como aquelas atividades que não são reservadas ao Estado, e desse modo integram o campo privado. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 78). Todavia, a noção de atividade econômica apresentada por Vieira de Carvalho o é em seu sentido amplo, e se constitui naquelas atividades que trazem resultados econômicos, ou seja, têm natureza econômica, podem dar lucro. Segundo João Batista Gomes Moreira, a noção de economia deve ser vista em seu sentido amplo como o “aproveitamento de recursos escassos para a satisfação de necessidades humanas” (MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 387). As atividades econômicas em sentido amplo compreendem tanto as atividades econômicas em sentido estrito como os serviços públicos. Esses englobam aquelas atividades econômicas indispensáveis “à

Com base na Constituição Econômica Brasileira, o doutrinador conclui que uma correta interpretação do texto constitucional leva à conclusão de que “serviço público” é uma espécie de atividade econômica que se distingue das atividades livremente exercidas pelo setor privado, uma vez que estão submetidas a um regime jurídico próprio, de titularidade estatal, tendo em vista o alto grau de sensibilidade de que se revestem⁹.

O art. 175 da Carta Maior trata especificamente das atividades econômicas que são de titularidade do Estado e serviços públicos qualificados legalmente. As atividades são econômicas, mas devido a sua importância estratégica ou social são tidos como serviços públicos e, portanto, o Estado detém a sua titularidade.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Dentre as atividades econômicas classificadas como serviço público se encontram os serviços de telecomunicações e a radiodifusão de sons e imagens, conforme estabelecido na redação do art. 21 da Constituição, que confere atividades ao poder público com caráter de exclusividade:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

Todavia, apesar da determinação constitucional, alguns autores não concordam sobre o caráter de serviço público da radiodifusão. Justen Filho afirma que nem todos os serviços presentes no art. 21 da Constituição Federal são serviços públicos. Para o autor, apenas quando as atividades referidas nesse dispositivo constitucional envolverem prestações de utilidades destinadas a satisfazer direitos fundamentais serão consideradas

realização e ao desenvolvimento da interdependência social”. (MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 387)

⁹ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 53.

serviços públicos. Toda atividade de radiodifusão de sons e imagens não seria, assim, serviço público: somente aquela que se prestasse a atender direitos fundamentais¹⁰.

Contudo, não há porque excluir o serviço de radiodifusão de sons e imagens do conceito inerente ao serviço público. João Batista Gomes Moreira, que também se assenta nos princípios, deveres e garantias fundamentais para a definição de serviço público, destaca a regra do art. 5º da Constituição que prevê a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, como um direito fundamental que tem por instrumento os serviços públicos de comunicação de massa.¹¹ Esses serviços são uma das formas de concretização desse direito, não havendo porque excluí-los do conceito de serviço público.

Apesar da existência dessa discordância sobre a natureza de serviço público da radiodifusão, o principal ponto de debate, no que concerne aos serviços públicos, é a sua prestação por meio de autorização.

Essa forma de delegação se caracteriza por se aplicar aos casos em que prevalece o interesse do particular que presta o serviço, não lhe sendo garantidas prerrogativas públicas¹².

Justen Filho afirma haver incompatibilidade entre a modalidade de delegação “autorização” e a existência de um serviço público. A autorização só seria possível para atividades econômicas em sentido estrito, “cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado”¹³. A previsão Constitucional da modalidade de autorização para certos serviços deve, para o autor, levar à conclusão de que essas atividades são em alguns casos serviços públicos e, em outros casos, atividade econômica em sentido estrito.

Para Carvalho Filho, apesar da previsão constitucional do art. 21 determinar que os serviços de telecomunicações são serviços públicos que podem ser prestados diretamente pelo Estado ou indiretamente por meio de autorização, concessão e permissão, essas atividades nem sempre são típicos serviços públicos. A autorização existe para a prestação desses serviços no interesse próprio do autoritário. O autor

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 484.

¹¹ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 390.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 356.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 485.

destaca o fato de o art. 175 da Constituição Federal não fazer menção à autorização como forma de prestação do serviço público.¹⁴

Ainda a forma adotada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações – LGT, que estabelece que os serviços prestados por meio de autorização o serão em regime privado, se baseando nos princípios gerais da atividade econômica¹⁵, indica que a LGT quis excluir do conceito de serviço público alguns serviços de telecomunicações, nomeadamente aqueles prestados por meio de autorização.¹⁶

Di Pietro entende que os serviços autorizados são considerados serviços públicos, porque a sua titularidade é atribuída ao Estado, que pode permitir a sua execução pelo particular que queira prestar o serviço para atender às suas próprias necessidades. A autorização ocorre quando a prestação do serviço não representa atendimento a necessidades coletivas, mas sobrevém em situações em que há interesse público e em que a administração estabelece condições para o exercício da atividade¹⁷.

Desse modo, mesmo tendo em vista a peculiar sistemática adotada pela LGT (que acaba por transparecer que certos serviços de telecomunicações seriam públicos, uma vez que submetidos ao regime público, enquanto outros seriam atividades econômicas em sentido estrito, uma vez que prestados em regime privado e baseados nas idéias de liberdade de atuação, com mínima intervenção do Estado) não se deve excluir o caráter de serviço público de suas prestações por meio de autorização, devido à existência de interesse público no estabelecimento de condições para a sua prestação. Mesmo com um aparente regime de mercado o Estado não ficou desobrigado de assumir uma responsabilidade em relação aos setores que satisfaçam necessidades coletivas¹⁸, como é o caso das telecomunicações.

Os serviços de telecomunicações compreendem uma gama de serviços, sendo que alguns não são entendidos como essenciais. A exclusão de alguns serviços de telecomunicações da concepção de serviços públicos demandaria “um tratamento legal específico, compatível com o texto constitucional”¹⁹.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 356.

¹⁵ Art. 126 da Lei nº 9.472/1997.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 485.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 302.

¹⁸ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 93.

¹⁹ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 100.

Ainda, a autorização para a exploração de serviços de telecomunicações em regime privado não excluiu a imposição de deveres e regulamentos pelo Estado, tais como metas de qualidade, podendo o seu descumprimento acarretar a caducidade da autorização e a retomada do serviço pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.²⁰

De fato, a análise das Constituições Brasileiras demonstra que os serviços de telecomunicações e de radiodifusão foram tratados como serviços públicos reiteradamente sob titularidade Estatal, o que não confere dúvidas à intenção do legislador de lhes caracterizar como serviços públicos.

“Tendo em vista que os serviços de telecomunicações e de radiodifusão têm sido reiteradamente definidos, pelas Constituições brasileiras, como serviços de competência da União, a serem explorados diretamente pelo Estado ou mediante delegação por concessão, autorização ou permissão, pode-se defender que *esses serviços são constitucionalmente definidos como serviços públicos*, conforme afirma a maior parte dos autores.”²¹

Assim, por meio da análise dos dispositivos constitucionais e da doutrina, é possível depreender que tanto os serviços de telecomunicações, quanto a radiodifusão são serviços públicos de titularidade do Estado que podem ser prestados por meio de concessão, permissão ou autorização. A prestação indireta desses serviços impõe à pessoa jurídica de direito privado um regime próprio que inclui o interesse público como um dos seus nortes. Ainda, a prestação por meio de autorização, conforme estabelecida pela LGT, é passível de condicionamentos, como, por exemplo, o uso eficiente do espectro de radiofrequências (art. 127, VII, Lei nº 9.472/1997).

Desse modo, na prestação dos serviços públicos devem ser observados certos princípios aos quais a prestação da radiodifusão de sons e imagens (televisão) não pode se furtar. Ao efetuar a concessão de um serviço, o poder concedente deve regulamentar e controlar a atuação do concessionário, a fim de que esses princípios sejam respeitados.²²

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 272.

²¹ PIERANTI, Octavio. WIMMER, Miriam. *Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional*. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XXXI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Natal, RN – 2 a 6 de setembro de 2008. p. 4.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 388.

1.2 Separação entre Telecomunicações e Radiodifusão

Importa, uma vez comprovada a natureza de serviço público da radiodifusão, tecer breves comentários sobre a sua separação normativa dos serviços de telecomunicações para o fim de elucidar a atual organização dos serviços existente no arcabouço jurídico brasileiro e as consequências dessa divisão no controle de conteúdo dos serviços de comunicação eletrônica de massa.

O Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, foi a primeira legislação a reger as telecomunicações no Brasil. Antes a situação normativa das telecomunicações consubstanciava-se em normas esparsas, isoladas que dificultavam a atuação no setor²³.

Com o advento do Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT, se instaurou uma nova feição para o setor que vinha sofrendo avanços tecnológicos e exigia uma regulamentação que se adequasse à realidade.²⁴

No que se refere à radiodifusão, o CBT a tratava como uma espécie de serviço de telecomunicação:

Art. 6º Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam:
(...)
d) serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão;

De fato, seguindo o já estabelecido no CBT em 1962, a Constituição de 1967 também não distinguiu os serviços de telecomunicações dos serviços de radiodifusão:

Art 8º - Compete à União:
(...)
XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:
a) os serviços de telecomunicações;

A indistinção entre os serviços de telecomunicações e de radiodifusão se manteve intacta até que em 1990 ocorreu uma empreitada para a modificação na legislação das telecomunicações. Havia um interesse na desestatização e na adequação

²³ RAMOS, Murilo. *Crítica do ambiente político-regulatório da comunicação social eletrônica brasileira: fragmentação política e dispersão regulamentar*. In: CHAGAS, Claudia Maria. ROMÃO, José Eduardo Elias. LEAL, Sayonara. (Org.) **Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectivas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 51-52.

²⁴ AMARAL, Rosa Maria Pinto. *Controle do Conteúdo da Programação Televisiva; Limites e Possibilidades*. Monografia de Final de Curso. Faculdade de Direito / UnB: 2006. p. 18.

da regulamentação do setor às inovações tecnológicas, pois, no que concerne aos avanços tecnológicos, o CBT já se encontrava defasado.

A Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990 demonstrou o interesse na desestatização do setor ao reduzir o número de operadoras do sistema TELEBRÁS. Todavia, para retirar todos os obstáculos existentes à prestação privada dos serviços de telecomunicações, era necessária uma modificação do texto constitucional então vigente²⁵.

“Com o ministro das Comunicações, Sérgio Motta, à frente, teve início em 1995 a re-estruturação do arcabouço normativo das comunicações brasileiras, com a alteração do art. 21 da Constituição Federal. A alteração previa a abertura ao capital privado da exploração dos serviços públicos de telecomunicações, pondo fim a um monopólio que começara com o regime militar em 1972 e que fora feito item constitucional em 1985.”²⁶

A redação do antigo art. 21 da Constituição Brasileira de 1988 era a seguinte:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;”

Com a finalidade de possibilitar a prestação dos serviços de telecomunicações mediante autorização ou permissão e retirar a exigência de que esses serviços fossem transferidos apenas às empresas sob controle acionário estatal, foi proposto o Projeto de Emenda à Constituição nº 36 de 1995, que resultou na Emenda nº 08/1995.

“A alteração prevista para as telecomunicações era simples, pois apenas suprimia, no inciso XI do art. 21, a expressão ‘a empresas sob controle estatal’, permitindo com isso a outorga a empresas privadas, a critério exclusivo da União, do direito de exploração dos serviços públicos de telecomunicações. Originalmente, ele nada modificava em relação aos serviços de radiodifusão, tratados pelo inciso XII.”²⁷

²⁵ ARANHA, Márcio Iorio. *Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA)*. Tese de Doutorado em Estudos Comparados. Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas – CEPPAC / UNB, 2005. p. 94-95.

²⁶ RAMOS, Murilo. *Crítica do ambiente político-regulatório da comunicação social eletrônica brasileira: fragmentação política e dispersão regulamentar*. In: CHAGAS, Claudia Maria. ROMÃO, José Eduardo Elias. LEAL, Sayonara. (Org.) **Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectivas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 58.

²⁷ RAMOS, Murilo. *Crítica do ambiente político-regulatório da comunicação social eletrônica brasileira: fragmentação política e dispersão regulamentar*. In: CHAGAS, Claudia Maria. ROMÃO, José Eduardo Elias. LEAL, Sayonara. (Org.) **Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectivas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 58-59.

Todavia a redação aprovada foi outra, que trouxe modificações significativas para o setor, uma vez que além de permitir a outorga a empresas privadas da prestação do serviço, acabou por separar os serviços de telecomunicações e os serviços de radiodifusão que eram até então unidos constitucionalmente. De fato, as constituições de 1946²⁸ e 1967²⁹ tratavam os serviços de radiodifusão e de telecomunicações de forma uniforme, não havendo distinções em sua regulamentação.

A partir da nova redação do art. 21 da Constituição de 1988, ocorreu a quebra do monopólio estatal das telecomunicações como um resultado da demanda de “globalização do sistema”³⁰. A Emenda constitucional nº 08/1995 resultou também em uma divisão entre os serviços de telecomunicações e os serviços de radiodifusão, por meio de sua separação no texto constitucional:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

(...)

A separação constitucional desses serviços resultou em um arcabouço normativo distinto para os serviços classificados como radiodifusão e os demais serviços de telecomunicações.

“A nova redação aprovada revogou a expressão ‘e demais serviços de telecomunicações’, acabando com o vínculo legal entre as telecomunicações, como telefonia, transmissão de dados e, mesmo, a televisão por assinatura, e a radiodifusão. Desse modo, as futuras regulamentações exigidas para as telecomunicações, inclusive a criação do órgão regulador, não teriam qualquer ingerência sobre o rádio e a televisão abertos.”³¹

²⁸ “Art 5º - Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado”.

²⁹ “Art 15 - Compete privativamente à União: (...) VII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado.”

³⁰ ARANHA, Márcio Iório. *Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA)*. Tese de Doutorado em Estudos Comparados. Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas - CEPPAC/ UNB, 2005. p. 95.

³¹ PIERANTI, Octavio. WIMMER, Miriam. *Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional*. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XXXI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Natal, RN – 2 a 6 de setembro de 2008. p. 6.

A lei criada para regular os serviços de telecomunicações, conforme estabelecido na nova redação constitucional, a Lei Geral de Telecomunicações – LGT, de julho de 1997, revogou quase completamente o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT com exceção das disposições penais e as referentes à radiodifusão. A LGT estabeleceu regras de reestruturação do setor e previu a criação de uma agência reguladora, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, sem, porém, trazer modificações no tocante à radiodifusão.³²

Há argumentos tecnológicos para a distinção entre esses serviços baseado no fato de a transmissão ser aberta (livre ou não codificada)³³ para a radiodifusão, com a suficiência de um aparelho terminal para que se tenha acesso ao serviço, a transmissão de sinais ocorre em uma via de mão única, da estação para vários usuários (um para muitos)³⁴, não sendo possível a transmissão de sinais no sentido usuário-estação, o que aliás caracteriza a comunicação de massa³⁵. Para os demais serviços de telecomunicações, a transmissão é fechada (particular e codificada), bem como é possível a transmissão de sinais em mais de uma via.

Contudo, conforme apontado por Murilo Ramos, a divisão tem ordem política. Para o autor, a separação normativa realizada entre radiodifusão e telecomunicações foi uma decisão política incentivada por um lobby da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), que não possuía interesse em qualquer modificação no marco legal do setor.³⁶ Em verdade, a manutenção dessa separação normativa entre os serviços de telecomunicações e radiodifusão se torna cada vez mais difícil. Os avanços tecnológicos possibilitam que até a diferenciação entre as formas de codificação e transporte de sinais sejam mitigados. A TV digital, por exemplo, permite a interatividade, o acesso a internet, e a projeção de programas por demanda, que implicam interação com o usuário em um sistema que não é mais apenas de uma via. Ademais, produtos como o Worldwide Interoperability for Microwave Access (WIMAX), que possibilita acesso sem fio a redes de banda larga, permitem o acesso à

³² RAMOS, Murilo. *Crítica do ambiente político-regulatório da comunicação social eletrônica brasileira: fragmentação política e dispersão regulamentar*. In: CHAGAS, Claudia Maria. ROMÃO, José Eduardo Elias. LEAL, Sayonara. (Org.) **Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectivas**. p. 49-64. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 59.

³³ HOBAlKA, Marcelo Bechara de Souza. *TV Digital: aspectos jurídicos do modelo brasileiro*. In: Revista de Direito de Informação e Telecomunicações – RDIT. Vol. I, nº1, p. 105-124, jul./dez. 2006, Belo Horizonte. p. 107.

³⁴ BAR, François. SANDVIG, Christian. *Política de comunicações dos Estados Unidos pós-convergência*. Trad. GOMES, Daniel Augusto Vila-Nova. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**. V.1, n.1, p. 77-110. Brasília, 2009. p. 86.

³⁵ OLIVEIRA, Artur Coimbra. *A unificação de licença para prestação de serviços de telecomunicações: pressupostos e questionamentos referentes à sua aplicação no Brasil*. Monografia de Final de Curso. Faculdade de Direito / Unb: 2006. p. 37.

³⁶ RAMOS, Murilo. *Crítica do ambiente político-regulatório da comunicação social eletrônica brasileira: fragmentação política e dispersão regulamentar*. In: CHAGAS, Claudia Maria. ROMÃO, José Eduardo Elias. LEAL, Sayonara. (Org.) **Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectivas**. p. 49-64. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 60.

internet e a outros conteúdos de maneira aberta. Desse modo, não há que se falar na divisão entre serviços de telecomunicações e serviços de radiodifusão baseados somente no fato de a transmissão ser aberta ou fechada.³⁷

Todas essas ponderações demonstram a semelhança entre os serviços de radiodifusão e os demais serviços de telecomunicações e o consequente paradoxo em sua separação normativa.

Um dos problemas dessa incoerência normativa é que a Constituição Federal estabelece em seu art. 221, no Capítulo da Comunicação Social, princípios que deverão ser observados na produção e programação das emissoras de rádio e televisão, englobando não só os serviços de radiodifusão, mas todos os serviços de comunicação social eletrônica, o que inclui também os serviços de televisão por assinatura.

Enquanto a radiodifusão possui regulamento próprio (Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963) e é regida pelo CBT, os serviços de TV por assinatura (TVA) são tidos como serviços de telecomunicações, e, portanto, estão sob a égide da LGT e possuem regulação específica.

As tecnologias de TV por assinatura existentes no Brasil são basicamente quatro: o cabo, o MMDS (Multipoint Multichannel Distribution System), o DTH (Direct to Home) e o UHF, que possuem um menor número de atendimentos a usuários. Em 2007, eram atendidos pelo serviço de radiodifusão de sons e imagens 53.245 milhões de domicílios³⁸, o que correspondia a 94,5% dos domicílios brasileiros; em contrapartida os domicílios com possibilidade de usufruir os serviços de TV por assinatura eram 28,7 milhões de domicílios³⁹ embora o número de atendimentos efetivos fosse de 4,5 milhões, o que corresponde a aproximadamente 8% dos domicílios⁴⁰. Tal estatística demonstra a menor penetração da TV por assinatura nos domicílios brasileiros.

O cabo é o sistema de TV por assinatura mais utilizado no Brasil⁴¹, seu custo de instalação é mais caro que o dos outros sistemas, mas uma rede de cabo pode ser

³⁷ OLIVEIRA, Artur Coimbra. *A unificação de licença para prestação de serviços de telecomunicações: pressupostos e questionamentos referentes à sua aplicação no Brasil*. Monografia de Final de Curso. Faculdade de Direito / Unb: 2006. p. 38.

³⁸ IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1992/2007*. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas/exibedados.php?idnivel=BR&idserie=FED214. Acessado em: 03.06.2009.

³⁹ ANATEL. *Dados Estatísticos dos Serviços de TV por assinatura*. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=226408&assuntoPublicacao=Dados%20Estatisticos%20dos%20Servi%20de%20TV%20por%20Assinatura%20-%20Cap.%2001%20-%2036.%20AA%20Edi%20E3o&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=226408.pdf>. Acessado em: 03.05.2009

⁴⁰ Parecer do Dep. Jorge Bittar ao Pl29/2007. p. 15. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/530370.pdf>

⁴¹ ANATEL. *Dados Estatísticos dos Serviços de TV por assinatura*. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=226408&assuntoPublicacao=Dados%20Es>

utilizada posteriormente para a prestação de vários outros serviços, como comunicação de dados, acesso à internet e telefonia⁴².

O MMDS é um sistema em que os sinais são distribuídos aos assinantes por meio de microondas terrestres, de forma semelhante aos canais de TV aberta. O sistema foi regulado como uma das modalidades do Serviço Especial de Telecomunicações pelo Decreto nº 2.196/1997.

O DTH é o conhecido sistema por satélite, em que se instala na residência ou no estabelecimento comercial do assinante uma antena parabólica e um receptor/decodificador recebe os canais diretamente de um satélite⁴³.

Devido à existência de quatro formas distintas de transmissão, foram criadas no cenário brasileiro legislações diferentes para cada tipo de serviço de TV por assinatura, sendo tal fato assimétrico com a evolução tecnológica. O DTH e o MMDS são regulados pelo Decreto 2.196/97, que foi recepcionado pela LGT. Para o cabo, foi aprovada a Lei nº 8.977/95, que tem a sua vigência ressaltada pela própria Lei 9.472/97 em seu artigo 212⁴⁴.

Importa salientar, que apesar das diferentes tecnologias e legislações aplicadas às TVs por assinatura, para o consumidor não há qualquer distinção entre os serviços, pois, quando ele opta por um desses, ele irá escolher entre um serviço de TV a Cabo ou um Serviço de DTH como se fossem o mesmo serviço (TV por assinatura). Desse modo, esses serviços, apesar de diferentes, concorrem entre si. A distinção entre as legislações tende a gerar anacronismos e desigualdades para as prestadoras de serviço, pois existem imposições a algumas espécies de serviços que não existem em outras.

“Hoje, o aparato regulador continua a aplicar princípios do passado em setores industriais nos quais tais critérios fazem cada vez menos sentido, e para os quais, já não há a menor razão de ser.”⁴⁵

tat%EDsticos%20dos%20Servi%20E7os%20de%20TV%20por%20Assinatura%20-%20Cap.%2001%20-%2036.%AA%20Edi%20E7E3o&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=226408.pdf. Acessado em: 03.05.2009

⁴² ANATEL. *Dados Estatísticos dos Serviços de TV por assinatura*. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=226408&assuntoPublicacao=Dados%20Estadisticos%20dos%20Servi%20E7os%20de%20TV%20por%20Assinatura%20-%20Cap.%2001%20-%2036.%AA%20Edi%20E7E3o&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=226408.pdf>. Acessado em: 03.05.2009

⁴³ BRASIL. Ministério das Comunicações. Anexo à Portaria do Ministério das Comunicações nº 321, de 21 de maio de 1997.

⁴⁴ Art. 212. O serviço de TV a Cabo, inclusive quanto aos atos, condições e procedimentos de outorga, continuará regido pela [Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995](#), ficando transferidas à Agência as competências atribuídas pela referida Lei ao Poder Executivo

⁴⁵ BAR, François. SANDVIG, Christian. *Política de comunicações dos Estados Unidos pós-convergência*. Trad. GOMES, Daniel Augusto Vila-Nova. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**. V.1, n.1, p. 77-110. Brasília, 2009. p. 99

O atual cenário regulatório dos meios de comunicação de massa no Brasil encontra-se defasado. Houve um grande avanço tecnológico no setor, porém a legislação se mantém antagônica. A normatização desses serviços é dividida, antiquada e limitadora. A imposição constitucional do art. 221, nesse cenário, tem dificuldades de ser aplicada, pois cada espécie de serviço, seja de telecomunicações, seja de radiodifusão, tem seu próprio regulamento que impõe de formas distintas os princípios ali elencados.

“No caso específico das telecomunicações e da radiodifusão, objetos deste estudo, a Constituição de 1988 estabeleceu, ainda, em seu artigo 222, determinados princípios de produção e programação aplicáveis, desde 2002, a todos os meios de comunicação eletrônica de massa.”⁴⁶

Tramita, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 29/2007, que visa unificar a legislação referente aos serviços de comunicação eletrônica de massa. Esse projeto busca, em algumas de suas versões, implementar os princípios elencados na Constituição Federal para os serviços de comunicação eletrônica de massa.

Existe, também, um Projeto de Lei do Senado, o PLS nº 182/2009, que cria um serviço de televisão por assinatura, com o intuito de unificar as legislações sobre a TV a Cabo, o MMDS, o DTH e qualquer outro serviço a ser criado por regulação. Entretanto, tal projeto não se debruça sobre a necessidade de cotas, só exigindo a disponibilidade de alguns canais para órgãos do Estado (Senado, Câmara), universidades, STF, órgãos que tratem da educação e cultura, para ONGs, além da distribuição obrigatória da programação das concessionárias locais de radiodifusão de sons e imagens.

A existência desses projetos assinala uma maior preocupação com a regulamentação do setor, buscando uniformizar a legislação e fazer valer os princípios constitucionais, que em uma primeira análise só encontrariam espaço nos serviços de radiodifusão, havendo disputas e silêncios em sua apreciação nos serviços de telecomunicações.

Impende, portanto, avaliar a regulação dos serviços de radiodifusão e posteriormente se debruçar pelos caminhos que vêm sendo traçados nas discussões sobre a nova legislação para o setor de comunicação eletrônica de massa.

⁴⁶ PIERANTI, Octavio. WIMMER, Miriam. *Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional*. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XXXI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Natal, RN – 2 a 6 de setembro de 2008. p. 4.

1.3 Interferência na prestação da radiodifusão .

1.3.1 Princípios de serviço público aplicáveis à radiodifusão.

Os serviços públicos tratados como atividade econômica possuem princípios que lhes conferem especificidade e singularidade⁴⁷. A aplicação desses princípios garante aos serviços públicos o alcance de seus objetivos tidos como relevantes. Destarte, quando do exercício de tais atividades, existe a necessidade de se cumprir e se delinear pelos princípios que lhes são inerentes. Impende, neste ponto, ressaltar que existe um regime especial para a prestação dos serviços públicos incluindo normas e princípios de direito administrativo, não dependendo para sua aplicação a natureza jurídica da pessoa encarregada de sua exploração. Nesse sentido se posiciona Pedro Gonçalves:

“(...) de facto, e não obstante o princípio de gestão de base empresarial ou comercial, a circunstância de se qualificar a actividade exercida pela concessionária como um serviço público origina a sua sujeição a um regime jurídico especial, que exclui a liberdade de empresa e que consta, não só das “normas legais que fixam as bases do contrato”, como de outras normas de direito administrativo que a obrigam especialmente (...)”⁴⁸

São princípios dos serviços públicos: a prestação de um serviço adequado (art. 175, IV da CF), a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade (ou universalização), cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º da Lei n.º 8.987).

Dentre estes interessa para a presente análise da radiodifusão como serviço público apenas os princípios de prestação de serviço adequado, atualidade, universalização e continuidade.

O princípio da prestação de um serviço adequado está previsto no art. 175, parágrafo único, inciso IV da Constituição Federal. Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pelo art. 6º da Lei nº 8.987 que determinou que o serviço adequado é aquele que observa os requisitos de regularidade, continuidade, eficiência, segurança,

⁴⁷ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 54.

⁴⁸ GONÇALVES, Pedro. *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas⁴⁹, esse conceito é insuficiente, é possível se fazer uma análise mais profunda sobre o assunto.

Justen Filho, afirma que o serviço adequado consiste no dever de prestar o melhor serviço possível respeitando os limites de possibilidade técnica e econômica⁵⁰.

Hely Lopes assevera, ao tratar da concessão, que toda concessão fica submetida a dois tipos de norma: aquelas de caráter regulamentar e aquelas de ordem contratual. Importa analisar somente as de caráter regulamentar, que segundo o autor são as que disciplinam o modo e a forma de prestação do serviço.

As normas regulamentares estão estabelecidas em lei, regulamento ou contrato e visam à prestação de serviço adequado⁵¹. Assim, a definição de serviço adequado está relegada à legislação sobre o serviço. No que concerne à radiodifusão é o Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963 que regulamenta o serviço de radiodifusão e deste modo impõe parâmetros para o que seja um serviço adequado.

Dentre as obrigações existentes na prestação do serviço de radiodifusão o art. 28 do Decreto nº 52.795/1963 inclui, além das obrigações referentes à utilização das frequências e início da execução do serviço, requisitos para a grade de programação da concessionária ou permissionária.

Ainda, a Constituição Federal, em seu art. 221, também impõe princípios que devem ser observados na prestação do serviço de radiodifusão:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

- I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família

O Código Brasileiro de Telecomunicações, atual legislação incidente sobre a radiodifusão, também exige alguns requisitos na prestação do serviço:

Art. 38. Nas concessões, permissões ou autorizações para explorar serviços de radiodifusão, serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas:

⁴⁹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 395; CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 55.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 491.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 389.

(...)

d) os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade das empresas de radiodifusão estão subordinadas às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando aos superiores interesses do País;

e) as emissoras de radiodifusão, excluídas as de televisão, são obrigadas a retransmitir, diariamente, das 19 (dezenove) às 20 (vinte) horas, exceto aos sábados, domingos e feriados, o programa oficial de informações dos Poderes da República, ficando reservados 30 (trinta) minutos para divulgação de noticiário preparado pelas duas Casas do Congresso Nacional;

(...)

h) as emissoras de radiodifusão, inclusive televisão, deverão cumprir sua finalidade informativa, destinando um mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso.

Compete, portanto, para a caracterização da prestação de um serviço adequado a observância das obrigações impostas pelas legislações que regulamentam o serviço, como a Carta Maior, o CBT e o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão.

Já a atualidade do serviço significa que a prestação do serviço deve se adaptar a exigências da vida coletiva e dos avanços tecnológicos. Assim, visando a essa adaptação, é possível a modificação unilateral do contrato administrativo por parte do Estado.⁵² O poder de alteração do contrato é decorrência da supremacia do interesse público e não é permitido ao concessionário negar-se a aceitar as alterações. Caso o faça, estará sujeito a sanções e até a rescisão do contrato⁵³.

Isso denota a falta de direito adquirido aos prestadores de serviço à manutenção das condições do contrato. A atualidade do serviço, ou sua adaptabilidade, ocorre visando a evolução dos serviços públicos, tanto em sua organização como em seu funcionamento, para que eles apresentem em sua prestação a máxima eficiência⁵⁴.

Exemplo desse princípio, que visa à adaptação do serviço aos avanços tecnológicos, é a fixação de critérios por parte do Poder Público para implementar a tecnologia de TV Digital no serviço de Radiodifusão de sons e imagens. O Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006, que dispõe sobre a implantação do Sistema Brasileiro de TV Digital Terrestre – SBTVD-T, e estabelece diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão, estabeleceu período de dez anos para a transição do sistema de transmissão analógica para o SBTVD-T, contados a partir da publicação do Decreto, impondo que as radiodifusoras se adaptem

⁵² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 317.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 81.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 490.

ao novo modelo nesse período, tendo em vista que os canais utilizados para transmissão analógica serão devolvidos à União após esse prazo.

Outro princípio, o princípio da universalização do serviço público (ou da generalidade) decorre do princípio constitucional da igualdade, na orientação de que os serviços públicos devem estar disponíveis a todos que deles precisem⁵⁵. Os serviços devem atender a todos independentemente da área geográfica em que se encontrem ou de condições socioeconômicas.

O serviço público deve ser prestado ao maior número de pessoas possível e sem discriminação entre usuários, não podendo existir preferências arbitrárias entre os usuários dos serviços.⁵⁶ De forma que, apesar de a prestação de um serviço não ser tão atrativa em uma determinada região ou a uma determinada classe, ele não pode deixar de ser prestado.

Esse princípio é um limitador à livre iniciativa, uma vez que impõe que mesmo onde a prestação do serviço não seja tão atrativa ela deve ser prestada. Os artigos 196 e 205 da Constituição demonstram esse aspecto da universalização ao garantir a todos os direitos à saúde e à educação. A imposição da universalização é repetida na legislação infraconstitucional, na Lei nº 8.987 que trata das concessões e permissões, e de forma mais detalhada na Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões dos serviços públicos, e em seu art. 3º, inciso IV, fixa o “atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais”.

A Lei Geral de Telecomunicações também incluiu a universalização como requisito para a prestação dos serviços de telecomunicações em regime público, definindo como obrigações de universalização: “as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público” (art. 79, da Lei 9.472/1997).

Como o objetivo do princípio da universalização é a diminuição das desigualdades regionais “argumenta-se que a garantia de obtenção, por todos os cidadãos, de prestações materiais que se revelam essenciais, impede a “elitização do

⁵⁵ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 57.

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 278.

serviço público” com a restrição de seu acesso aos que deles possam se servir mediante pagamento”⁵⁷.

Dessa forma, mesmo onde as radiodifusoras não tenham interesse ou retorno comercial (por meio de publicidade) deve ser prestado o serviço de radiodifusão, observado o espectro de radiofrequência que lhe foi autorizado. A prestadora de serviço deve fazer o bom uso do espectro e isso inclui, conforme previsto no Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução nº 259 da ANATEL, o acesso de toda a população aos serviços de telecomunicações.

Por fim, resta analisar o princípio da continuidade do serviço público. Este princípio tem como pressuposto que o serviço público não pode ser interrompido.

“O princípio da continuidade do serviço público foi erigido a um valor constitucional a significar que os serviços públicos devem funcionar da maneira ininterrupta e regular para satisfazer as exigências de interesse geral e atender ao princípio da continuidade do Estado”.⁵⁸

Os serviços públicos possuem em seu conceito a idéia de essencialidade e por isso existe a previsão de continuidade em sua prestação, o serviço só pode ser interrompido em hipóteses restritas previstas em lei ou no contrato, como quando presentes razões técnicas, de segurança das instalações ou por inadimplemento do usuário, sempre levando em consideração o interesse coletivo.⁵⁹

O princípio da continuidade do serviço público não se resume ao mero dever de uma prestação regular do serviço. Seu conceito é mais abrangente e significa dever de atuação estatal. O Estado deve garantir a prestação do serviço, seja ele prestado diretamente ou por meio de delegação. É um dever-poder do Estado intervir quando a empresa privada prestadora de serviço público descontinuar o serviço⁶⁰.

Decorre desses princípios que o Estado pode intervir na atividade da concessionária de Radiodifusão tendo em vista que se trata de um serviço público de titularidade do Estado e como tal este transfere apenas a prestação. Desse modo, o poder concedente poderá intervir na concessionária para garantir a continuidade do serviço e a sua prestação adequada.⁶¹

⁵⁷ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 57-58.

⁵⁸ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 55.

⁵⁹ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 55.

⁶⁰ ARANHA, Márcio Nunes Iorio. *Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA)*. Tese de Doutorado em Direito. Instituto de Estudos Sociais. Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas - CEPPAC/ UNB, 2005. p. 120.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 83.

Nesse sentido, Fleiner afirma que o serviço público encontra entre seus caracteres essenciais o interesse comum, que se sobrepõe a todos os demais interesses, decorrendo disso que a criação e exploração do serviço público não pode ser lesada pelo direito privado. O Estado tem competência para proteger diretamente a execução do serviço e os cidadãos devem aceitar restrições a sua propriedade em favor do interesse do serviço público.⁶²

1.3.2 Escassez do Espectro

Outro ponto importante relativo à Radiodifusão e que permite uma maior intervenção no setor por parte do Estado é a noção de que a radiodifusão possui um regime diferenciado, tendo-se em vista a histórica “extrema escassez do espectro eletromagnético”⁶³.

Conforme estabelecido pela LGT o espectro de radiofrequências é um recurso limitado, bem público que está sob a organização da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei 9.472/1997, art. 1º, parágrafo único). O uso de radiofrequência tendo ou não caráter de exclusividade, depende de prévia autorização, a qual pode estar compreendida na autorização para prestação do serviço de telecomunicações (art. 4º, do Regulamento de licitação para concessão, permissão e autorização de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência).

No caso da radiodifusão há uma assincronia na delegação do serviço, apesar de a atribuição de uso e distribuição de canais competir à ANATEL, a outorga da prestação do serviço de radiodifusão é competência do Ministério das Comunicações, com a aprovação do Congresso Nacional. Isso decorre da curiosa separação feita pela Constituição entre serviços de telecomunicações e de radiodifusão.⁶⁴

O espectro de radiofrequências foi definido como um recurso escasso ou limitado devido ao fato de que o uso de um mesmo espectro em uma mesma área pode gerar interferências prejudiciais, danificando a transmissão, emissão ou recepção de

⁶² FLEINER Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Trad. Sabino A. Gendin. Madrid: Editorial Labor S.A, 1933. p. 265

⁶³ BAR, François. SANDVIG, Christian. *Política de comunicações dos Estados Unidos pós-convergência*. Trad. GOMES, Daniel Augusto Vila-Nova. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**. V.1, n.1, p. 77-110. Brasília, 2009. p. 96.

⁶⁴ ANATEL. *Estudo Comparativo de Modelos Regulatórios Nacionais*. Brasília: ANATEL, 2007. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=207307&assuntoPublicacao=Estudo%20Comparativo%20de%20Modelos%20Regulatórios%20Nacionais&caminhoRel=Cidadao-TV%20por%20Assinatura-Estudos%20e%20pesquisas&filtro=1&documentoPath=207307.pdf> . Acessado em: 08.05.2009.

sinais⁶⁵. Desse modo, há uma impossibilidade técnica para a exploração ampla de uma faixa de radiofrequência por todos aqueles que tenham interesse em explorá-la.

O uso da radiofrequência é uma condição inerente ao serviço de radiodifusão. Assim a ausência de uma autorização ou a inexistência de uma faixa de radiofrequência disponível impossibilita a prestação do serviço.

Há, portanto, uma limitação material à prestação do serviço de radiodifusão. A prestação do serviço fica limitada a existência de radiofrequências disponíveis e à concessão, permissão ou autorização, levando-se em conta o espectro de radiofrequência que será utilizado.

Ademais, o espectro de radiofrequência é bem de uso comum do povo⁶⁶ e como consequência deve respeitar o direito de liberdade de expressão conforme estabelecido no art. 5º, §1º da Constituição Federal, “cabendo ao Estado seu gerenciamento promocional como serviço público”⁶⁷.

Os bens públicos, gênero no qual se incluem os bens de uso comum do povo, devem ser vistos como bens em que não predomina a vontade particular, devendo valer os princípios de direito administrativo.⁶⁸

É possível, em decorrência da escassez do espectro e de sua natureza como bem público, a intervenção nos serviços de radiodifusão. O conteúdo, desse modo, pode ser controlado, para otimização do interesse público que deve ser respeitado.

Ao contrário da imprensa escrita que não possui limite ao acesso aos recursos necessários para a manifestação da liberdade de expressão, sendo a base para a liberdade de imprensa o livre acesso aos meios de comunicação, o acesso ao serviço de

⁶⁵ COSTA, Guilherme Ieno. *Administração e uso de espectro de radiofrequência no Brasil*. In: **Revista de Direito de Informação e Telecomunicações** – RDIT. Vol. I, nº1, p. 59-68, jul./dez. 2006, Belo Horizonte:

⁶⁶ A afirmação remonta à experiência normativa estrangeira. O Radio Act de 1912 foi o primeiro regulamento nos Estados Unidos a exigir a licenças das estações de rádio. Estabeleceu assim que o espectro de radiofrequência é bem de uso comum do povo. Após esse ato, outros surgiram para regulamentar o setor, sendo o Communications Act de 1934 o mais emblemático, que manteve a exigência das licenças de uso, bem como inseriu novos serviços. A atual redação do Communications Act (de 1996) inclui além dos serviços de rádio, televisão, a TV a cabo e tenta superar os desafios da convergência. (EUA, Communications Act de 1934, disponível em: <http://www.fcc.gov/Reports/1934new.pdf>. Acessado em: 05.05.09). Os radiodifusores são considerados pelo Communications Act fiduciários do público que têm a prerrogativa de usar o espectro de radiofrequência mediante autorização governamental. (ANATEL. *Estudo Comparativo de Modelos Regulatórios Nacionais*. Brasília: ANATEL, 2007. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=207307&assuntoPublicacao=Estudo%20Comparativo%20de%20Modelos%20Regulatórios%20Nacionais&caminhoRel=Cidadao-TV%20por%20Assinatura- Estudos%20e%20pesquisas&filtro=1&documentoPath=207307.pdf>. Acessado em: 08.05.2009.)

⁶⁷ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 236-237.

⁶⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 225. João Batista Moreira destaca a distinção que deve ser observada entre as relações de propriedade e de administração, pois os bens públicos não têm propriedade, são coisas administradas, o bem não está vinculado a vontade do administrador, como está a propriedade, e sim a uma finalidade impessoal. A destinação da coisa elimina todo o arbítrio na utilização dela, seja pelo Estado diretamente ou por uma pessoa administrada. É o critério de finalidade que justifica a atribuição de regime especial aos bens afetados à prestação de serviço público, mesmo que sob a titularidade de concessionárias, a destinação do bem que irá definir se o bem é público ou não.

radiodifusão não é aberto⁶⁹. A limitação do espectro é um empecilho ao acesso universal, podendo o Estado estabelecer propósitos que vise alcançar por meio da imposição de certos princípios, bem como delimitar espectros de frequências para finalidades específicas como as educacionais e o atendimento do livre fluxo de informações, garantindo a diversidade de pensamento.

No próprio Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução nº 259 da ANATEL, de 19 de abril de 2001, estabeleceu-se como objetivos do uso da radiofrequência o acesso de toda a população aos serviços de telecomunicações, o desenvolvimento da exploração de serviços de telecomunicações, o estímulo ao desenvolvimento social e econômico, o desenvolvimento de pesquisa científica, a exploração dos serviços de informação e entretenimento educacional, geral e de interesse público.

No Brasil, existem atualmente seis grandes concessionárias de TV aberta, sendo que estudos demonstram que essas seis concessionárias abrangem um total de 667 veículos de comunicação, entre emissoras de TV, rádios e jornais. Isso significa que, apesar de o espectro de radiofrequência ser um bem público, ele está na mão de poucos, e para evitar um monopólio de informações são necessários mecanismos que visem a maior participação do interesse público na radiodifusão⁷⁰.

Ademais, a situação da radiodifusão é única, uma vez que ao contrário dos demais meios de comunicação de massa a sua mensagem chega a um maior número de destinatários e potencialmente influenciam mais pessoas devido ao seu amplo alcance. A sua atuação se dá de forma passiva, ao invés da atuação mais proativa que outros meios de telecomunicação bidirecional proporcionam.

Umberto Eco chega a afirmar que a TV determina (e sabe que determina) os gostos do público sem necessidade de uma adequação a esses gostos. A lógica da televisão é uma lógica de oferta e procura, mas não em relação ao que o público quer, mas sim educando o público segundo os intentos de seus clientes.⁷¹

Conforme observado, é possível a intervenção do Estado na atividade das concessionárias, permissionárias ou autorizadas⁷² do serviço de radiodifusão. O que

⁶⁹ BAR, François. SANDVIG, Christian. *Política de comunicações dos Estados Unidos pós-convergência*. Trad. GOMES, Daniel Augusto Vila-Nova. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**. V.1, n.1, p. 77-110. Brasília, 2009. p. 88.

⁷⁰ INSTITUTO DE ESTUDOS E PESQUISA EM COMUNICAÇÃO – EPCOM. *Quem são os donos*. In: Carta Capital, de 6 de março de 2002. Disponível em: http://donosdamidia.com.br/media/documentos/Proposta_Jornalistas.pdf. acessado em 08.05.2009

⁷¹ ECO, Umberto. *Apocalípticos e Integrados*. São Paulo: Perspectiva, 1970. p. 348.

⁷² Importante se mostra ressaltar a confusa definição sobre as concessões, permissões e autorizações no serviço de radiodifusão. O problema surge devido à redação do art. 5º do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão que estabeleceu o conceito de

importa saber é se essa intervenção gera uma limitação à liberdade de expressão. Já foi delineado um pouco sobre o assunto, necessário se faz, contudo, aprofundá-lo.

1.4 A Liberdade de Expressão: preceito fundamental inerente à prestação do serviço de radiodifusão

Os direitos fundamentais se originaram como normas universais que garantiam um direito subjetivo, constituindo posições e relações individuais, mas que não se restringiram aos direitos subjetivos ao longo do tempo. A visualização dos direitos fundamentais como direitos objetivos, ou seja, direitos que possuem significados para a coletividade, para o interesse público, o direito visto como um direito para a vida comunitária⁷³ é a atual concepção que resulta da evolução do pensamento jurídico.

As normas consagradoras de direitos fundamentais, como direitos subjetivos, resguardam determinados bens ou “domínios existenciais”⁷⁴. Comumente os direitos fundamentais eram garantidos como direitos a atos negativos como o não impedimento por parte de entes públicos a determinados atos, o direito à não intervenção do Estado em situações jurídicas-subjetivas (por exemplo, a não violação de correspondência) e o direito à não abolição de posições jurídicas⁷⁵.

Outras normas consagraram o direito subjetivo a atuações positivas do Estado, seja por meio de prestações fáticas, seja por meio de prestações normativas (garantia de direitos por meio da criação de leis penais, por exemplo).

As liberdades são tradicionalmente ligadas aos direitos negativos, a ações negativas, aos direitos de defesa perante o Estado. Existem diferentes tipos de liberdades, há o direito geral à liberdade que consiste no direito à liberdade física, à

autorização como sendo um instrumento geral de outorga, que compreende a concessão (conferida para a execução dos serviços de radiodifusão de sons e imagens (TV) e para os serviços de radiodifusão sonora de caráter nacional ou regional) e a permissão (serviços de radiodifusão sonora de caráter local). Assim, a autorização seria um gênero do qual a concessão e a permissão seriam espécies, o que diverge do tratamento dado pela Constituição Federal em seu art. 21, que estabelece três espécies de outorga. A LGT também prevê a autorização como espécie de outorga e não gênero. Com a edição da Lei nº 9.612/98, o imbróglio normativo no setor de radiodifusão cresceu, pois foi criado o serviço de Radiodifusão Comunitária – RadCom, que é outorgado por meio de autorização, sendo essa espécie de delegação do serviço, e não mais gênero como previsto no CBT. Ainda, a outorga às repetidoras e retransmissoras também não são mais feitas por meio de permissão e sim por autorização, semelhante à prevista na LGT. Dessa forma, há uma assincronia entre os instrumentos de outorga da radiodifusão e dos demais serviços de telecomunicações, gerando uma dificuldade na utilização desses termos e na associação entre cada tipo de outorga e as regras que lhe são aplicadas. (Ver PIERANTI, Octavio. WIMMER, Miriam. *Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional*. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XXXI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Natal, RN – 2 a 6 de setembro de 2008. p. 9)

⁷³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1256.

⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1262.

⁷⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1258.

liberdade de movimentar-se, de ir e vir; a liberdade de expressão; a liberdade de informação; liberdade de consciência, religião, culto; e liberdade de associação.

Essas liberdades costumavam ser caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva. O conceito que une essas liberdades é aquele que possibilita a escolha de um comportamento (como, por exemplo, a escolha de ter uma ou outra religião e até mesmo de não ter nenhuma).⁷⁶

A liberdade de expressão, portanto, é um direito fundamental ligado à noção de ações negativas do Estado, como o não impedimento por parte dos entes públicos à sua manifestação e que permite a escolha de um comportamento, mas que não se resume a isso.

A noção de liberdade relacionada a ações negativas do Estado é uma postura da época da teoria liberal dos direitos fundamentais, onde os direitos fundamentais eram vistos como direitos do particular perante o Estado, nesse sentido qualquer atuação estatal seria um obstáculo à liberdade de expressão.

Contudo, houve uma evolução no pensamento jurídico, que passou a conceituar os direitos, mesmo os individuais, como resultados de uma cidadania ativa, condicionando o seu conteúdo a uma ponderação de bens constitucionais. Os direitos fundamentais, segundo a teoria das garantias institucionais do século XX, apresentam uma dupla faceta: uma individual e outra institucional. O direito se afirma por ordenação da sociedade através do ordenamento jurídico, que limita a dimensão individual para reforçar a dimensão institucional⁷⁷, dessa forma ao se regular o direito à liberdade de expressão, está se salvaguardando essa liberdade.

Assim, o que define a liberdade de expressão não é somente os limites de atuação estatal, mas o contexto de eficácia de um direito, ou, em outras palavras, suas garantias.

Todas as constituições liberais consagraram a liberdade de expressão lhes conferindo uma grande amplitude. No Brasil, a liberdade de expressão já se encontrava na Constituição do Império, e a evolução do preceito foi acompanhada nos demais textos constitucionais, existindo restrições impostas pelo interesse público, contra ameaças dos excessos e abusos no exercício desse direito⁷⁸.

⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1260.

⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1398.

⁷⁸ CAVALCANTI, Themistocles. *Princípios gerais de Direito Público*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p. 241.

A Primeira Emenda (The First Amendment) da Constituição Americana é um índice internacional relevante para a conceituação da liberdade de expressão. Estabelece em seu texto que:

“EMENDA I

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.”⁷⁹

A liberdade prevista na Primeira Emenda consistia numa proteção contra a atuação governamental. Essa interpretação do que seja liberdade de expressão se deve à situação política na época em que lhe foi conferida significado (década de 20 e 30). A proteção era contra a ação da censura oficial, por meio de policiais ou autoridades, em encontros ou passeatas.⁸⁰

Esse entendimento, que decorreu de um momento histórico em que o Estado, para proteger seus interesses políticos, utilizava-se de mecanismos como a censura, explica a hostilidade existente até hoje à regulação pelo governo dos meios de comunicação, mesmo em situações em que é feita para a proteção de determinados direitos, como a proteção da criança e do adolescente.

A modificação do entendimento de liberdade de expressão foi paulatinamente feita em virtude do aparecimento da mídia de massa, uma vez que o debate social e político, a partir do surgimento dessa mídia, não se dá mais por meio do governo, mas sim pelos diversos meios de comunicação de massa: jornais, internet, televisão, rádio, entre outros.⁸¹

Hoje existem dois modelos para conceituar liberdade de expressão segundo a Primeira Emenda americana. O primeiro enfatiza um bom funcionamento de mercados de expressão: é o “market in ideas”. O outro modelo se fixa na deliberação pública, que associa a idéia de liberdade de expressão à deliberação democrática e não ao *laissez-faire* da economia.⁸²

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, IX, estabelece que “é livre a expressão intelectual, artística, científica e de comunicação”. O inciso XIX, do mesmo artigo 5º, diz que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o

⁷⁹EUA, *Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>. Acessado em: 21.05.2009.

⁸⁰ BARENDT, Eric. *The First Amendment and the Media*. In: BA LOVELAND, Ian. **Importing the First Amendment: Freedom of Speech and Expression in Britain, Europe and the USA**. p.29-50. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 30.

⁸¹ BARENDT, Eric. *The First Amendment and the Media*. In: BA LOVELAND, Ian. **Importing the First Amendment: Freedom of Speech and Expression in Britain, Europe and the USA**. p.29-50. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 31.

⁸² SUNSTEIN, Cass. *Free Market and Social Justice*. . Oxford University Press US, 1997. p. 169.

sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. É a partir desses dispositivos que se estabelece o conceito de liberdade de expressão e de informação.

A liberdade de expressão, assim, é o direito de expor sem qualquer empecilho uma opinião seja ela de ordem política, religiosa, científica ou artística. Ela foi inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que consagrou em seu artigo XIX a liberdade de expressão como a liberdade de, sem interferência, “ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”⁸³.

Não obstante a interpretação comum de liberdade de expressão, no Estado Liberal, seja a de uma ação negativa do Estado, como a de não gerar empecilhos à manifestação de idéias, opiniões e pensamentos, a liberdade de expressão deve ser vista também em seu sentido positivo de “organização contra a monopolização econômica e para dar condições materiais ao exercício dessa liberdade pelo povo”⁸⁴. Nesse sentido, a liberdade de expressão tem como significado a possibilidade de ter acesso a mecanismos para a divulgação de opiniões, pontos de vista, idéias e crenças. Nesse conceito está embutida a idéia de que não basta poder expressar-se; é necessário ser ouvido⁸⁵.

Outro conceito que permeia o da liberdade de expressão é o conceito de liberdade de informação. Essa decorre de fatos, acontecimentos e dados objetivamente apurados. Desse modo, a liberdade de informação está ligada à veracidade e à imparcialidade. Não deve estar vinculada a idéias pessoais.

O direito de informação pode ser estudado sob duas ópticas: uma ativa e outra passiva. Sob o aspecto ativo, está o direito de informar que é o atribuído aos órgãos da imprensa. No aspecto passivo, há o direito do cidadão de obter a informação correta e imparcial. Essa liberdade engloba a de ter acesso às fontes de informação⁸⁶.

A liberdade de informar, portanto, está inserida na liberdade de expressão, de exercitar idéias, por meio oral, por escrito ou qualquer meio de difusão (radiodifusão, por exemplo). A liberdade de ser informado inclui o acesso, o recebimento e a difusão

⁸³ ONU, Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acessado em: 21.05.2009.

⁸⁴ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 392.

⁸⁵ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 392.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 244.

de informações ou idéias, sem depender de censuras, respondendo cada qual pelo abuso que cometer.

Ainda, como espécie da liberdade de informação, temos a liberdade de informação jornalística por meio da qual se realiza o direito coletivo à informação. Devido a sua abrangência e importância a Constituição lhe confere um regime próprio para garantir a atuação dessa forma de liberdade e para lhe coibir excessos.

A liberdade dominante é a de obter informação, ter acesso às fontes de informação. A informação deve ser transmitida sem distorções, para que não ocorra ao invés de informação, deformação.⁸⁷ A liberdade deve estar ligada à difusão da informação e não apenas à sua manifestação.

José Afonso da Silva conceitua uma chamada liberdade de comunicação que seria um conjunto de “direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”⁸⁸. Essa liberdade estaria configurada pela leitura do art. 5º, incisos IV, V, IX, XII e XIV combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição Federal.

Dessa forma, a liberdade de comunicação seria uma liberdade ampla que incluiria a liberdade de criação, manifestação e expressão do pensamento, de informação e de organização da comunicação.

Os meios de comunicação, portanto, devem se reger por princípios que garantam essas liberdades. Isso significa que, observado o disposto na Constituição, não poderão sofrer restrições; não poderá existir lei que constitua cerco à liberdade de informação; que é proibido qualquer tipo de censura de natureza política, ideológica e artística; que a publicação impressa não necessita de licença da Administração Pública; que os serviços de radiodifusão dependem de autorização, concessão e permissão do Estado; e por fim, que os meios de comunicação não podem, direta ou indiretamente, constituírem monopólio⁸⁹.

Impende observar que essas liberdades possuem restrições, sendo a primeira delas o dever de passar a informação de forma verídica. A outra restrição as essas liberdades é a estabelecida no art. 220 da Constituição. Preconiza o artigo que as liberdades de expressão e de informação não serão objetos de restrições desde que observado o disposto na Constituição Federal.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 246.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 242.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 242-243.

Exemplo disso é o art. 220, §3º da Constituição Federal, que prevê uma regulação a certas manifestações realizadas através de diversões e espetáculos públicos e programas de rádio e televisão, enquanto não existe esse tipo de regulação para a imprensa escrita. Assim a liberdade de expressão intelectual, artística e científica, conforme o meio pelo qual é feita, pode estar sujeita a uma regulamentação especial.

As liberdades de expressão e informação, portanto, não são direitos absolutos, podendo ser restringidos para que se observem outros direitos fundamentais. De fato, a outra faceta da liberdade de expressão é a de um princípio constitucional, e a natureza do princípio é admitir restrições frente a outros princípios ou exceções pontuais.

As normas constitucionais, quando falam sobre a liberdade de expressão, têm natureza de uma norma com fundamentação objetiva, que é aquela norma consagradora de direito fundamental que tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público⁹⁰. Assim permitem restrições em seu conteúdo em razão desse interesse.

Existem, portanto, normas restritivas que limitam posições que se incluíam na proteção dos direitos fundamentais. Elas podem ser uma ordem, uma proibição, uma imposição e possuem enorme relevância. As normas restritivas devem observar os princípios da proporcionalidade, proibição de retroatividade, princípio da salvaguarda do núcleo essencial, bem como as demais imposições constitucionais para a sua atuação⁹¹.

A Constituição Federal de 1988 utilizou essa característica dos princípios para estabelecer algumas limitações ao princípio da liberdade de expressão (em seu sentido amplo incluindo liberdade de expressão e de informação) por meio do controle dos meios de comunicação de massa.

Existem mecanismos legítimos e ilegítimos para o controle dos meios de comunicação. A censura é o meio comum de intervenção ilegítima. Ela pode ser prévia, como uma intervenção que impede a divulgação da matéria, ou posterior, como uma intervenção oficial que ocorre após a impressão, mas impede a circulação do veículo (obstrução física).

A idéia central da censura é a decisão de que matérias e conteúdos serão publicados e com que enfoque o será feito. A censura parte da submissão do conteúdo a

⁹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1256.

⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1266.

um agente, que faz uma análise do conteúdo que será divulgado, como condição prévia para a sua veiculação⁹². O exercício dessa atividade de forma mais tradicional se dá por meio da proibição explícita e prévia de divulgação de um determinado teor.⁹³

Outra forma de se controlar o conteúdo por meio da censura se dá através de incentivos financeiros a certas produções, matérias, bem como pela impossibilidade de certos benefícios aos veículos de comunicação de massa que se opuserem ao governo.⁹⁴

A distinção entre os mecanismos legítimos e ilegítimos de controle de conteúdo é delicada. A censura é uma forma de controle de conteúdo, porém isso não significa que qualquer forma de controle de conteúdo corresponderá à censura. Octavio Pieranti estabelece as principais diferenças entre a regulação legítima de conteúdo e a censura como⁹⁵:

a) o ator que é protegido pela ação: na censura o ator que se visa proteger é o Estado ou a iniciativa privada, enquanto que na regulação legítima é a sociedade (vale ressaltar que essa diferenciação nem sempre é fácil, pois na censura sempre se utiliza o argumento de defesa do bem comum)

b) ação do Estado: na censura o Estado se utiliza de vetos prévios para não permitir a exibição, ou publicação de certos conteúdos, matérias, espetáculos. Na regulação legítima o Estado não se utiliza de vetos, mas sim delinea diretrizes que devem ser seguidas pela programação, publicação, espetáculos.

c) Cenário político: o cenário político no qual insurge a censura é o dos regimes autoritários, uma vez que esses buscam a sua legitimação por meio dos meios de comunicação de massa. A democracia é o cenário político que permite uma regulação de conteúdo de forma legítima.

d) Legalidade no Brasil contemporâneo: por fim, como distinção entre os meios legítimos e ilegítimos de controle de conteúdo é a sua previsão constitucional. A

⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Constituição. Liberdade de expressão e classificação indicativa. Invalidez da imposição de horários para a exibição de programas televisivos*. In: **Revista de Direito do Estado**. Ano 3, nº 11. p. 337-370. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁹³ PIERANTI, Octavio. *Censura versus Regulação de Conteúdo*. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna. (Org.) **Democracia e Regulação dos meios de comunicação de massa**. p. 129-142. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 135.

⁹⁴ PIERANTI, Octavio. *Censura versus Regulação de Conteúdo*. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna. (Org.) **Democracia e Regulação dos meios de comunicação de massa**. p. 129-142. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 136.

⁹⁵ PIERANTI, Octavio. *Censura versus Regulação de Conteúdo*. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna. (Org.) **Democracia e Regulação dos meios de comunicação de massa**. p. 129-142. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 140.

censura é um meio inconstitucional, todavia o controle democrático de conteúdo está previsto explicitamente na Constituição⁹⁶.

O controle de conteúdo, de forma legítima, conforme visto, se dá pelo cumprimento de normas gerais e abstratas preexistentes, presentes na Constituição e em atos normativos legitimamente editados⁹⁷.

A regulação de conteúdo é vista sob diferentes enfoques em cada um dos setores da mídia de massa. Desse modo, o que é tido como uma ofensa à liberdade de expressão na imprensa escrita, não o será necessariamente na radiodifusão.

A radiodifusão necessita de licença para que possa ser exercida, em virtude da escassez do espectro conforme já salientado anteriormente. Desse modo não se pode falar em liberdade de expressão sem a existência da licença expedida pelo Estado. Assim, o Estado quando concede uma concessão, permissão ou autorização pode razoavelmente impor condições na prestação do serviço, todavia essas condições não podem ser vistas como uma ofensa à liberdade de expressão.

Nos Estados Unidos, o caso *Red Lion* tornou-se um marco na regulação da radiodifusão por considerar que os radiodifusores não possuíam os mesmos direitos à liberdade de expressão que a imprensa escrita. Aos radiodifusores foi concedido um privilégio de utilizar uma fonte escassa (espectro de radiofrequência), o que exigiria a veiculação de diferentes posições existentes sobre determinados temas tidos como relevantes e isso seria compatível com a liberdade de expressão, mesmo que resultasse em controle regulatório dos donos das fontes de expressão (mídia).⁹⁸

Na Europa, a imposição de padrões para programas, como por exemplo, a imposição de se transmitir noticiários, não é vista como limitação à liberdade de expressão dos radiodifusores, todavia essa mesma imposição, nos Estados Unidos, seria tida como uma ofensa ao princípio da liberdade.⁹⁹

Conforme já ressaltado, a especificidade da radiodifusão (serviço público prestado mediante autorização, permissão ou concessão, submetido a princípios de direito administrativo e com prerrogativas de bem público) permite um regramento

⁹⁶ Sob este aspecto, discordamos do autor, uma vez que a censura realizada em épocas autoritárias possui como embasamento previsão constitucional. A Constituição de 1967 previa em seu art. 8º a censura de diversões públicas: “Art 8º - Compete à União: VII - organizar e manter a polícia federal com a finalidade de prover: d) a censura de diversões públicas”.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição. Liberdade de expressão e classificação indicativa. Invalidez da imposição de horários para a exibição de programas televisivos*. In: **Revista de Direito do Estado**. Ano 3, nº 11. p. 337-370. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 341.

⁹⁸ BARENDT, Eric. *The First Amendment and the Media*. In: BA LOVELAND, Ian. **Importing the First Amendment: Freedom of Speech and Expression in Britain, Europe and the USA**. p.29-50. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 34.

⁹⁹ BARENDT, Eric. *The First Amendment and the Media*. In: BA LOVELAND, Ian. **Importing the First Amendment: Freedom of Speech and Expression in Britain, Europe and the USA**. p.29-50. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 35.

específico para a sua atuação, com mecanismos que incentivem determinados tipos de conteúdo e protejam certos direitos.

A radiodifusão deve permitir a difusão de uma diversidade de visões, de programas que valorizem conteúdos educacionais, regionais e nacionais que podem não ter sido escolhidos pelos radiodifusores, mas que a Constituição os insere como princípios que devem ser observados na prestação do serviço.

A regulação estrutural dos meios de comunicação, por meio de regras anti-truste é vista com bons olhos e busca ampliar a diversidade da fonte de informação. O Estado não deve ficar inerte em relação aos meios de comunicação. Ao contrário, segundo essa teoria, ele deve estabelecer regras para o mercado (regras de propriedade e contratos) e deve intervir nas ditas falhas de mercado, para prevenir monopólios e práticas anticoncorrenciais¹⁰⁰.

Essa regulação consiste em leis estruturais desenhadas para ampliar a gama de informação e opinião disponível para a comunidade por meio da competição¹⁰¹. Assim, a radiodifusão deve promover diferentes pontos de vista de grupos particulares, por meio da competição, podendo ser incluído nos grupos as minorias, como as raciais, por exemplo. A regulação estrutural, nesse aspecto, mesmo que tenha como objetivo indireto alcançar padrões de programação, é mais bem aceita do que as demais formas de regulação de conteúdo pois ela só garante a competição, e não regula o conteúdo em si.

A falta de qualquer forma de controle, ou regulação de conteúdo corresponde à teoria do mercado aplicada à radiodifusão. Conforme essa teoria os conteúdos serão definidos pela oferta e procura do público, ou seja, não é necessária a regulação uma vez que o próprio mercado definirá o que deve ou não ser transmitido.¹⁰² O Estado deve se manter neutro para respeitar os pontos de vista. Afirma-se que a realidade do mercado irá produzir, com base na procura e na demanda, uma ótima mistura de opções de entretenimento e informação.¹⁰³

Essa teoria possui questões que devem ser levantadas, pois presume que todos são livres para entrar no mercado para expressar seus pontos de vista e para trocar informações, o que não é verdade. Já foi ressaltado exhaustivamente a questão da

¹⁰⁰ SUNSTEIN, Cass. *Free Market and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press US, 1997. p. 169.

¹⁰¹ BARENDT, Eric. *The First Amendment and the Media*. In: BA LOVELAND, Ian. **Importing the First Amendment: Freedom of Speech and Expression in Britain, Europe and the USA**. p.29-50. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 31.

¹⁰² BARENDT, Eric. *The First Amendment and the Media*. In: BA LOVELAND, Ian. **Importing the First Amendment: Freedom of Speech and Expression in Britain, Europe and the USA**. p.29-50. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 43.

¹⁰³ SUNSTEIN, Cass. *Free Market and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press US, 1997. p. 169

limitação ao acesso à mídia de comunicação eletrônica de massa, limitação essa estabelecida pela escassez do espectro, fora outras condicionantes.

A hostilidade à atuação estatal não deve ser resolvida aplicando-se a teoria do mercado, pois ela se constitui em uma falácia uma vez que não permite liberdade de expressão em seu sentido positivo, de ampliação e livre acesso à divulgação da informação. Essa teoria trata os telespectadores como consumidores e não como cidadãos, que buscam informação e uma vigorosa troca de idéias e opiniões.

Não se deve confundir a censura com a regulação que impõe de forma positiva a transmissão de programas com conteúdos educacionais, nacionais, regionais e incentivos à produção independente. A liberdade de expressão exercida simplesmente por meio de direito de resposta e indenizações, não tem o impacto devido, pois se restringe a situações pontuais e não garantem a diversidade de opinião.

A regulação de fato interfere na atuação da atividade econômica dos radiodifusores, mas isso não significa que essa interferência restrinja a sua liberdade de expressão. Na verdade ela visa ampliar essa liberdade ao invés de diminuí-la.

O controle de conteúdo não sofre dos vícios inerentes à censura, ou às leis que criminalizam a expressão de certos pontos de vista, por isso não deve ser visto com crítica e antipatia.

A aplicação da liberdade de expressão em seu conceito negativo de direito a manifestar-se sem interferências não é suficiente para os meios de comunicação de massa, pois esses podem padecer do vício da prática do mercado, e perder seu conteúdo essencial de permitir a diversidade de opiniões, visões e idéias.

É possível controlar o conteúdo das mídias sem ferir a liberdade de expressão, todavia isso deve ser feito observando-se o disposto na Constituição Federal. O controle de conteúdo feito pelo Estado deve ser feito de acordo com o sistema normativo imposto pela própria Carta Magna, a fim de que essas limitações não constituam uma aniquilação desse princípio constitucional.

O Estado deve promover os valores do livre discurso, onde eles não são adequadamente realizados. A liberdade de expressão está conectada com objetivos democráticos, que demandam participação cidadã. A simples aplicação do livre mercado nas mídias de massa pode gerar um risco da banalização da informação, ignorância, falha de deliberação, sensacionalismo.

Uma questão que surge no cenário atual é: com o incremento tecnológico se consegue solucionar o problema da escassez de espectro? Assim ainda teria sentido a regulação? A promoção de interesses públicos, a ampliação da diversidade, ou a melhoria do debate público devem ser sempre buscados. A liberdade de expressão deve ser vista nesse aspecto e não como uma visão de consumo, como é normalmente difundido.¹⁰⁴

Sunstein afirma que na teoria do mercado há um sobrepeso sobre a escolha, enquanto no controle de conteúdo se estaria impondo um conteúdo e questionando a capacidade das pessoas fazerem escolhas sobre os programas a que querem assistir. O principal ponto, contudo, é que existem diferenças entre escolhas feitas pelas pessoas como cidadãos e escolhas feitas como consumidores.

Para o autor, as pessoas podem buscar proteger, como cidadãos, as crianças e adolescentes, enquanto, como consumidores, talvez não se interessassem por esse objetivo. Ainda, podem ter consciência de que suas escolhas como consumidores são menos do que ideais para um alto nível de programação e por isso poderiam optar pela regulação¹⁰⁵. Muitos aspectos nesse sentido podem ser levantados, todavia o principal ponto é que as justificativas para proteção de certos conteúdos são constitucionais. A própria Constituição Brasileira, talvez baseada em alguns desses porquês, estabeleceu linhas de programação e tal fato não deve ser visto como uma limitação à liberdade de expressão, mas sim como incentivo a ela e à cidadania.

O surgimento de novas tecnologias abre um novo caminho para a interpretação da liberdade de expressão. Conforme definido por Canotilho, os princípios variam de acordo com as condições fáticas ou jurídicas, visando a realização de algo da melhor forma possível. Desse modo o significado de liberdade de expressão deve se adaptar às novas realidades fáticas que estão nascendo sem perder seu conteúdo central.¹⁰⁶

O nascimento das novas mídias mudou o conteúdo da liberdade de expressão, trouxe novas perspectivas e desafios para esse conceito, porém sem retirar o que lhe é inerente: a diversidade de opiniões, de idéias científicas, religiosas, artísticas, intelectuais e de comunicação.

A regulação de conteúdo, tendo em vista esse quadro, é essencial para garantir a liberdade de circulação de informações e a variedade de pensamento. Ela deve ser

¹⁰⁴ SUNSTEIN, Cass. *Free Market and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press US, 1997. p. 189.

¹⁰⁵ SUNSTEIN, Cass. *Free Market and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press US, 1997. p.190.

¹⁰⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1255.

feita de modo a não limitar a liberdade de expressão, mas sim potencializá-la. Mecanismos conhecidos para a regulação de conteúdo são: imposição de cotas de conteúdo específico; limites para programas de publicidade; restrições ou aberturas ao capital estrangeiro; incentivo à produção independente, regional e nacional; classificação indicativa, entre outros.

No Brasil, devido ao trauma causado pelas censuras na época dos regimes autoritários das décadas de 60, 70 e 80, o controle das liberdades de expressão, para evitar os excessos que possam atingir pessoas que tiveram alguma forma de ofensa à imagem e à honra, é feito frequentemente por meio judicial. Esse mecanismo visa estabilizar indenizações por dano moral e material. Ele pode ser exercitado de forma *a priori* e *a posteriori*. A idéia do controle *a posteriori* é a de que mesmo que o conteúdo já tenha sido veiculado, o direito invocado pode ser composto por meio de indenizações por dano moral e material¹⁰⁷.

Existem outros meios de controle de conteúdo, previstos no arcabouço normativo da radiodifusão, que objetivam ampliar a liberdade de expressão em seu sentido positivo. Esse arcabouço será analisado no capítulo seguinte.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição. Liberdade de expressão e classificação indicativa. Invalidez da imposição de horários para a exibição de programas televisivos*. In: **Revista de Direito do Estado**. Ano 3, nº 11. p. 337-370. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 353.

2 Formas de controle de conteúdo presentes no arcabouço normativo da radiodifusão de sons e imagens.

O setor das mídias de comunicação social de massa abrange uma variedade de atividades com maior ou menor essencialidade à convivência social. Dentre essas atividades uma possui especial destaque: a radiodifusão de sons e imagens. Dessa forma, nesse capítulo se dedicará atenção especial à normatização concebida e executada para o controle dos conteúdos difundidos pelo serviço de radiocomunicação de sons e imagens, cuidando especificamente da televisão comercial.

As políticas públicas para as comunicações não podem se limitar à implantação de infraestrutura e a investimentos a ela vinculados. São de encargo das políticas públicas as condições para a difusão de idéias, valorização da cultura nacional e desenvolvimento econômico¹⁰⁸.

Já se fez menção, no capítulo anterior deste trabalho, aos possíveis mecanismos de controle de conteúdo, bem como a algumas prerrogativas impostas pela legislação específica do setor no Brasil. Nesse contexto, faz-se necessário, para avaliar o quadro atual da política pública para o setor, um registro das diferentes formas de controle existentes no cenário brasileiro. Não se busca, contudo, exaurir todas as questões referentes aos diversos tipos de controle, mas apenas traçar um quadro normativo.

É possível constatar, sob a óptica do arcabouço normativo existente no setor, as seguintes formas de controle de conteúdo: administrativo, social, judiciário e legislativo.

2.1 Controle Administrativo

A primeira possibilidade de controle de conteúdo a ser analisada é o controle administrativo. Esse se dá por meio da atuação de órgão do poder executivo, podendo muitas vezes ser confundido com a censura.

No Brasil, o art. 21, inciso XVI, da Constituição Federal, permite à União esse tipo de controle por meio da classificação indicativa de diversões públicas e de programas de rádio e televisão. O Estado, em razão da norma constitucional, controla

¹⁰⁸ MARTINS, Paulo Emílio. PIERANTI, Octávio. *Políticas Públicas para as comunicações no Brasil: adequação tecnológica e liberdade de expressão*. Trabalho apresentado no Encontro de Administração Pública e Governança, realizado em São Paulo nos dias 22 a 24 de novembro de 2006.

conteúdo administrativamente e preventivamente em nome da proteção da criança e do adolescente, que se traduz na competência do Ministério da Justiça para classificação indicativa. Apesar de a norma constitucional não limitar a classificação indicativa à proteção da criança e do adolescente, essa é a única hipótese que já foi regulamentada por lei federal até o presente.

A classificação indicativa não se confunde com a censura ou com a autoregulação. Segundo Elias Romão, trata-se de uma norma constitucional que:

“(…) ao lado de tantas outras – por exemplo, da proteção absoluta à criança e ao adolescente, da proteção ao meio ambiente e da promoção da diversidade cultural – expressa rigorosamente o novo modelo sócio-normativo, ou melhor, o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, consagrado na “Constituição Cidadã”¹⁰⁹.

Com base nessa premissa de vinculação ao texto Constitucional, que expressamente proíbe a censura e estabelece uma atuação do Estado, refuta-se a possibilidade de autoregulação ou censura quando da atuação estatal no controle de conteúdo.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA - também é norma que fundamenta a classificação indicativa. Em seu artigo 74, o Estatuto estabelece que compete ao poder público regular as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a sua natureza, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada¹¹⁰.

Apesar de existir a possibilidade de se realizar a classificação indicativa desde a promulgação da Constituição, somente a partir de 1990 foram editados mecanismos nesse sentido.

A Portaria nº 773, de 19 de outubro de 1990, foi a primeira a tratar do assunto. Essa Portaria estabeleceu a competência do Ministério da Justiça para informar sobre a

¹⁰⁹ ROMÃO, José Eduardo Elias. *A nova Classificação Indicativa: construção democrática de um modelo*. In: CHAGAS, Claudia Maria. ROMÃO, José Eduardo Elias. LEAL, Sayonara. (Org.) **Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectivas**. p. 17-48. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 19.

¹¹⁰ A Portaria nº 773/1990 do Ministério da Justiça que buscava uniformizar os critérios classificatórios das diversões públicas e dos programas de rádio e televisão foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 392-5, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, DJ. 23/08/1991. O ministro relator não conheceu da ação alegando que o ECA é a lei federal que regulamenta o art. 220, §3º, I da Constituição Federal. Sendo assim, carece a ação de inconstitucionalidade, pois qualquer extravasamento do poder regulamentar resolve-se no campo da legalidade e não em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

natureza das diversões e espetáculos públicos, bem como a faixa etária a que não se recomendam e fixação dos horários em que sua exposição se mostre imprópria¹¹¹.

Em 2000, foi feito um maior esforço para a concretização do dispositivo constitucional. A Portaria do Ministério da Justiça nº 796/2000 instituiu que as emissoras de televisão e os distribuidores deviam submeter produtos audiovisuais à análise prévia do Ministério da Justiça e, como novidade em relação à Portaria anterior, impôs a obrigação de monitoramento da programação por parte do Ministério Público. Na ocasião de descumprimento da classificação indicativa o caso é encaminhado ao Ministério Público para que sejam aplicadas as sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (arts. 252 a 258¹¹²).

Após essa portaria foram publicadas outras quatro, pelo Ministério da Justiça, voltadas para a classificação indicativa (Portarias números 1.597/2004, 1.100/2006, 264/2007 e 1.220/2007). Dentre essas merece destaque a Portaria nº 1.220, de 11 de julho de 2007, que vige atualmente.

A Portaria 1.220/2007 introduziu alterações importantes no processo de classificação indicativa¹¹³. A primeira delas foi excluir expressamente da atividade de

¹¹¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Classificação indicativa institucional*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ6C4030FEITEMID0650A4E4A4624FD1BABCFF7546AA1D29PTBRNN.htm>. Acessado em: 21.06.2009.

¹¹² “Art. 252. Deixar o responsável por diversão ou espetáculo público de afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza da diversão ou espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art. 253. Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicada em caso de reincidência, aplicável, separadamente, à casa de espetáculo e aos órgãos de divulgação ou publicidade.

Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação:

Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.

Art. 255. Exibir filme, trailer, peça, amostra ou congêneres classificados pelo órgão competente como inadequados às crianças ou adolescentes admitidos ao espetáculo:

Pena - multa de vinte a cem salários de referência; na reincidência, a autoridade poderá determinar a suspensão do espetáculo ou o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

Art. 256. Vender ou locar a criança ou adolescente fita de programação em vídeo, em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente:

Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

Art. 257. Descumprir obrigação constante dos arts. 78 e 79 desta Lei:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicando-se a pena em caso de reincidência, sem prejuízo de apreensão da revista ou publicação.

Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:

Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.” (Lei nº 8.069/90 – ECA)

¹¹³ Elias Romão ressalta o caráter de processo da Classificação Indicativa: “(...) a classificação indicativa é norma constitucional processual. Ou seja, a classificação é um processo, um procedimento que se desenvolve discursivamente.” (ROMÃO, José Eduardo Elias. *A nova Classificação Indicativa: construção democrática de um modelo*. In: CHAGAS, Cláudia Maria. ROMÃO, José Eduardo Elias. LEAL, Sayonara. (Org.) **Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectivas**. p. 17-48. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 31).

classificação programas jornalísticos ou noticiosos, programas esportivos, programas ou propagandas eleitorais e publicidade em geral, incluídas as vinculadas à programação.

Permitiu, ainda, a autoclassificação, que consiste na apresentação de requerimento com descrições sobre o conteúdo e o tema da obra audiovisual, sendo que a obra, nesse caso, é dispensada de qualquer análise prévia, mas não da análise posterior.

A Portaria nº 1.220/2007 manteve o estabelecido na Portaria nº 264/2007 que criou a faixa etária de 10 anos para televisão; impôs a veiculação de informações de classificação indicativa antes e durante a exibição de obras audiovisuais, por meio de imagens e textos em português e em Língua Brasileira de Sinais; e estipulou o respeito aos fusos horários locais para a veiculação de programas.

A Classificação Indicativa ainda é vista com maus olhos por alguns atores do setor, notadamente os radiodifusores, que costumam classificá-la como censura. Por outro lado, outros atores, representantes dos direitos das crianças e dos adolescentes, por exemplo, costumam afirmar que as formas de classificação ainda são tímidas para os objetivos que buscam¹¹⁴. Apesar das divergências, a nova portaria sobre classificação indicativa foi um avanço na busca de um controle democrático.

Esse é, portanto, o atual cenário do controle administrativo de conteúdo: ele se dá por meio da classificação indicativa, que busca cada vez mais se legitimar por meio de uma atuação democrática, passando por diversos sujeitos para que se obtenha a melhor análise e classificação do conteúdo audiovisual.¹¹⁵

2.2 Controle Social

Outra forma de controle de conteúdo é o controle social. Barroso o conceitua como sendo a atuação organizada da sociedade civil, instituindo meios de coordenação e cooperação para a promoção dos objetivos comuns¹¹⁶.

¹¹⁴ ROMÃO, José Eduardo Elias. *A nova Classificação Indicativa: construção democrática de um modelo*. In: CHAGAS, Claudia Maria. ROMÃO, José Eduardo Elias. LEAL, Sayonara. (Org.) **Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectivas**. p. 17-48. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 19.

¹¹⁵ ROMÃO, José Eduardo Elias. *A nova Classificação Indicativa: construção democrática de um modelo*. In: CHAGAS, Claudia Maria. ROMÃO, José Eduardo Elias. LEAL, Sayonara. (Org.) **Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectivas**. p. 17-48. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 33.

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição. Liberdade de expressão e classificação indicativa. Invalidez da imposição de horários para a exibição de programas televisivos*. In: **Revista de Direito do Estado**. Ano 3, nº 11. p. 337-370. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 345.

Para cumprir esse objetivo, a Constituição Federal de 1988 previu em seu art. 224 a criação de um Conselho de Comunicação Social. Esse órgão teria a competência de auxiliar o Congresso Nacional em matérias relativas à comunicação social de massa. Porém, apenas em 1991, com a edição da Lei n. 8.389, a matéria foi regulamentada.

O órgão foi criado em 2002 e não obteve maior projeção em sua atuação¹¹⁷. De fato, desde 2007 o Conselho encontra-se sem atividades, uma vez que os mandatos de seus representantes terminaram em 2007 e até o momento não foram escolhidos novos representantes¹¹⁸.

Assim, apesar da existência de previsão constitucional, o controle social não possui maior penetração na realidade brasileira como forma de controle de conteúdo, sendo necessários mecanismos de incentivo para a sua efetivação.

2.3 Controle Judicial

É possível, ainda, o controle de conteúdo por meio da atuação judicial, conforme já delineado no capítulo anterior.

O Estado controla conteúdo judicialmente preventivamente e repressivamente. O Poder Judiciário pode, por meio de provocação dos interessados e garantido o devido processo legal, limitar a liberdade de expressão quando esta colide com outros direitos constitucionais¹¹⁹.

A programação televisiva enquanto atividade empresarial é beneficiada com a liberdade de iniciativa, mas como comunicação social, fica sujeita aos parâmetros que a

¹¹⁷ O Conselho durante o seu funcionamento elaborou 14 pareceres sobre Projetos de Leis que tratavam desde inclusão de canal reservado ao TCU no conjunto de canais básicos de utilização gratuita no Serviço de TV a Cabo, até a exigência de classificação indicativa nos programas jornalísticos. No que concerne ao controle de conteúdo, destaca-se o Parecer nº 1/2004 CCS, que se manifestou favoravelmente ao Projeto de Lei da Câmara nº 59/2003, que dispunha sobre a regionalização da programação cultural, regulamentando o inciso III, do art. 221 da Constituição Federal.

¹¹⁸ PORTAL IMPRENSA. Câmara remarca data de audiência sobre Conselho de Comunicação Social do Congresso. Disponível em: http://portalimprensa.uol.com.br/portal/ultimas_noticias/2009/06/15/imprensa28826.shtml Acessado em: 16.06.2009.

¹¹⁹ Dentre esses direitos destacam-se os presentes no art. 5º da Constituição Federal: (...)V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Também não devem ser olvidados os princípios elencados no art. 221 da Constituição: “I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.” Por fim, merece destaque a proteção especial garantida às crianças e adolescentes no art. 227 da Constituição: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

constituição impõe¹²⁰. O art. 220, §3º, incisos I e II¹²¹ da Constituição Federal dispõe sobre os limites para a livre iniciativa e formas de controle na programação televisiva.

O art. 221 da Carta Magna estabelece os princípios que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão deverão atender. Os conceitos arrolados no art. 221 são conceitos indeterminados que deverão reclamar a concretização caso a caso. Essa é a tarefa do juiz na prestação jurisdicional¹²².

A defesa prevista no art. 220, § 3º, II já pode ser de pronto aplicada, uma vez que o próprio art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal permite o direito de ação à lesão de direito. Desse modo, existem dois mecanismos jurisdicionais de proteção, um que tutela os direitos difusos quando há ofensa às normas constitucionais atinentes à programação televisiva - a ação civil pública - e outro que tutela os direitos individuais quando há ofensa à honra, à vida privada, à intimidade e à imagem das pessoas - nesse caso cabe ação individual pelo interessado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 208 e incisos, prevê a ação civil pública de competência do Ministério Público para a proteção dos direitos assegurados à criança e ao adolescente. Desse modo, essa é uma das formas de proteção ao disposto no art. 221.

A defesa de uma programação televisiva adequada é regulada por diretrizes presentes tanto na Constituição Federal, como na legislação ordinária, assim existe um interesse difuso a que a programação proporcionada atenda a um padrão básico de qualidade¹²³. Esse padrão seria um direito difuso por haver uma coletividade de sujeitos indeterminados, telespectadores, ligados pela circunstância de assistirem à programação televisiva.

¹²⁰ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *O controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva*. In **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, nº 793, p. 89-103, nov. 2001. p. 91.

¹²¹ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

¹²² MANCUSO, Rodolfo Camargo. *O controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva*. In **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, nº 793, p. 89-103, nov. 2001. p. 91.

¹²³ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *O controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva*. In **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, nº 793, p. 89-103, nov. 2001. p. 99.

A ação civil pública é considerada por alguns autores¹²⁴ o instrumento adequado para proteger os interesses jurídicos elencados no art. 221 da Constituição Federal. Seria um dos meios legais a que alude o art. 220, §3º, III da Constituição Federal. Isso significa que, uma vez violados os princípios elencados na Constituição, seria a ação civil pública meio hábil a exigir do infrator ressarcimento em perdas e danos, bem como o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º da Lei 7.347/85). Dessa forma, sendo o pedido procedente, é possível que o órgão judicial proíba a exibição de programa incompatível com a Constituição e imponha à programadora ou emissora que adapte a sua programação às diretrizes do art. 221¹²⁵.

Ainda que a norma do art. 221 seja tida como programática, ela já fixa parâmetros a serem alcançados imediatamente. Nesse sentido, assevera Rodolfo Camargo Mancuso:

“E se é verdade que alguns dispositivos constitucionais remetem à lei regulamentadora (art. 21, XIII, a; § 3º do art. 220; art. 224), em contrapartida no art. 221 e incisos já se fixam, impositivamente, os princípios que regem o conteúdo da programação televisiva, de modo que não é escusável a postergação das correlatas medidas preventivas ou repressivas”¹²⁶.

A Lei da Ação Civil Pública é tida como regulamentadora do art. 220, § 3º da Constituição, pois é a lei disciplinadora da defesa de direitos difusos. Essa afirmação era mais coerente com a antiga redação art. 1º, inciso IV da Lei de Ação Civil Pública. Esse inciso abrangia os casos que não eram compreendidos nos demais incisos do art. 1º, mas que deveriam receber igual tratamento¹²⁷:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
I - ao meio-ambiente;
II - ao consumidor;
~~III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;~~
III - à ordem urbanística; (Incluído pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001) (Vide Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)
~~IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)~~
IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
(...)

¹²⁴ Ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública e programação de TV*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 201, p. 45-56. Jul/set., 1995; e ¹²⁴ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *O controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva*. In **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, nº 793, p. 89-103, nov. 2001.

¹²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública e programação de TV*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 201, p. 45-56. Jul/set., 1995. p.50.

¹²⁶ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *O controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva*. In **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, nº 793, p. 89-103, nov. 2001. p. 96.

¹²⁷ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *O controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva*. In **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, nº 793, p. 89-103, nov. 2001. p. 91.

Esse quadro incluía a afronta aos princípios regedores da programação televisiva, porém, com a revogação do referido inciso, não existe mais consenso se é possível proteger os princípios do art. 221 por meio de ação civil pública.

Entende Barbosa Moreira que a ação civil pública, com fundamento no art. 221, pode ser intentada de forma cautelar com o objetivo de evitar que o dano se consuma¹²⁸. O eminente autor destaca que um dos argumentos contra a ação civil pública como forma de proteção aos interesses difusos é o fato de as pessoas se interessarem por um certo tipo de programação que enalteça o erotismo e a violência. Afirma que:

“Caracteriza o campo dos interesses difusos, com efeito, uma como bipolaridade, assinalada pelo fato de que, em dado momento e sob dadas circunstâncias, bem pode acontecer que entrem em conflito aberto dois interesses sustentados por extensas coletividades, e com referência a ambos haja boas razões para entender que fazem jus à proteção.”¹²⁹

No caso da programação televisiva, a própria Constituição ponderou qual interesse deve sobressair. Há uma espécie de interesse difuso merecedor de tutela jurídica, a qual não pode aspirar o interesse que lhe contrapõe¹³⁰.

Questiona-se se a atuação do juiz seria uma forma de censura judiciária, uma vez que foi vedada a censura administrativa. O exercício da função jurisdicional, no terreno da programação televisiva, não constitui censura. Se a constituição legitima o recurso ao judiciário em tema de programação televisiva, ao mesmo tempo em que veda a censura e garante o devido processo legal, fica fora de dúvida que a interferência do judiciário não constitui forma de censura¹³¹.

Em relação à defesa individual à honra, imagem, vida privada e intimidade das pessoas não há dúvidas sobre a possibilidade de ações com cunho reparatório, ou seja, ações *a posteriori*. Contudo, existe uma discussão no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a possibilidade de o Judiciário impedir cautelarmente a publicação de determinada matéria na imprensa quando se tratasse de matéria jornalística ofensiva aos direitos da personalidade¹³².

¹²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública e programação de TV*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 201, p. 45-56. Jul/set., 1995. p.51.

¹²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública e programação de TV*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 201, p. 45-56. Jul/set., 1995. p.51.

¹³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública e programação de TV*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 201, p. 45-56. Jul/set., 1995. p.52.

¹³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública e programação de TV*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 201, p. 45-56. Jul/set., 1995. p.53.

¹³²“EMENTA: Caso O GLOBO X GAROTINHO. (...) 6. Impossibilidade de afirmação no caso de tal pressuposto da tutela recursal antecipada: (a) polêmica - ainda aberta no STF - acerca da viabilidade ou não da tutela jurisdicional preventiva de publicação de

A polêmica, ainda existente no STF, questiona se, em nome da liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento, o atingido somente poderia opor ações de responsabilidade civil e penal com efeitos posteriores à efetiva publicação¹³³. A questão é sempre sensível, pois acarreta a análise de direitos conflitantes que são protegidos constitucionalmente (direitos da personalidade *versus* direito à informação). A depender de cada caso, a medida cautelar nessas ações seria possível ou não, mas as discussões no STF têm demonstrado que nem acerca disso há consenso.

A possibilidade de invocar o judiciário uma vez ferido um direito constitucional assiste tanto aos direitos coletivos, estabelecidos no art. 221 da Constituição Federal, como aos direitos individuais, nos casos de ofensa à honra e à imagem. O direito à liberdade de expressão, conforme amplamente explicitado, não é absoluto. Desse modo, é possível a atuação judicial para impedir ou fazer cessar violações a esses direitos.

Contudo só existe certeza quanto à possibilidade de atuação judicial no controle de conteúdo nos casos em que há ofensa a direitos personalíssimos em sede de ação indenizatória, restando controversa a aplicação de medida cautelar nesses casos, bem como a interposição da ação civil pública para proteção dos princípios elencados no art. 221.

2.4 Controle legislativo

Por fim, quanto às espécies de controle de conteúdo, existem as determinações atribuídas por meio de lei. Seria o controle de conteúdo legislativo, que se dá de forma positiva impondo a transmissão de conteúdo que tenha especial interesse para a sociedade, conforme definido pelo legislador.

Ou seja, ao invés de se restringir ao controle judicial preventivo, expresso na proteção à honra, imagem das pessoas e princípios elencados no art. 221 da

matéria jornalística ofensiva a direitos da personalidade; (...)" (Pet 2702, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2002, DJ 19-09-2003 PP-00016 EMENT VOL-02124-04 PP-00804)

¹³³ Sobre o assunto, importante ver o MS 24832 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/03/2004, DJ 18-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02243-01 PP-00128. Nessa medida cautelar em mandado de segurança, o ministro Carlos Britto e o ministro Cezar Peluso debateram sobre a possibilidade de se proibir previamente o televisamento de depoimento em CPI. Para o Ministro Cezar Peluso era possível a proibição do televisamento. Ele chegou a argumentar: "vamos deixar acontecer para dizer: ah, então, agora vamos proteger. Proteger o quê?". O Ministro Carlos Britto era de posição contrária. Para ele, não existia "direito líquido e certo do impetrante de ver sua imagem subtraída do televisamento direto". A discussão se ampliou e cada ministro expôs sua opinião, sem chegar a um consenso sobre o assunto. O Ministro Gilmar Mendes se manifestou pela possibilidade de uma intervenção prévia, enquanto o ministro Carlos Velloso expressamente disse que a "Constituição não quer e não deseja a censura, proíbe a censura e quer que os excessos sejam resolvidos, **a posteriori**, nos Tribunais".

Constituição Federal, de um lado, e ao controle administrativo preventivo, expresso na classificação indicativa para proteção da família, criança e adolescente, de outro, o controle de conteúdo legislativo se apresenta como um controle pró-ativo de conformação da grade de programação em seu dever de fazer valer políticas públicas de valorização da cultura nacional e de desenvolvimento socioeconômico.

Dita opção política demandou um arcabouço constitucional e legal para a sua concretização. O Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), instituído pela Lei nº 4.117/62, representa o marco legal do setor de radiodifusão. Contudo, apesar desse Código se apresentar como a legislação que disciplina a organização dos serviços de radiodifusão, o CBT em sua redação original não conferiu um tratamento adequado aos serviços de radiodifusão, sendo omissivo no estabelecimento de normas sobre a programação das emissoras e suas finalidades¹³⁴.

Somente com a promulgação do Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, aprovando o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, foram esclarecidos os objetivos e fundamentos que nortearam a opção política para o setor¹³⁵.

2.4.1 Limites ao Capital Estrangeiro

O controle de conteúdo pode ocorrer por meio de restrições ou aberturas ao capital estrangeiro. No cenário brasileiro tivemos duas realidades no que concerne a esses limites, uma antes e outra depois da Emenda Constitucional nº 36, de 28 de maio de 2002.

A Emenda Constitucional nº 36/2002 admitiu a participação de pessoas jurídicas no capital total e votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão. Permitiu, também, a participação de capital estrangeiro nessas empresas, o que foi disciplinado pela Lei 10.610, de 20 de dezembro de 2002.

A antiga redação do art. 222 exigia que a maioria do capital social teria que estar obrigatoriamente em mãos de pessoas físicas e não permitia a abertura ao capital estrangeiro, o que dificultava em muito o investimento no setor.

¹³⁴ AMARAL, Rosa Maria Pinto. *Controle do Conteúdo da Programação Televisiva; Limites e Possibilidades*. Monografia de Final de Curso.Faculdade de Direito / UnB: 2006. p. 21. Vale ressaltar que com as alterações feitas no art. 38 do CBT pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002, as finalidades sobre a programação foram incluídos no CBT.

¹³⁵ AMARAL, Rosa Maria Pinto. *Controle do Conteúdo da Programação Televisiva; Limites e Possibilidades*. Monografia de Final de Curso.Faculdade de Direito / UnB: 2006. p. 22.

A aprovação da Emenda Constitucional foi objeto de diversos debates. Alegava-se, durante a sua tramitação, que a nova redação do art. 222 da CF seria contrária ao interesse público devido à atuação estratégica da radiodifusão para o desenvolvimento do país. Levou-se ainda ao debate que não seria necessário, para revigorar o setor, a abertura ao capital estrangeiro. A capitalização poderia ser feita com capital nacional ou mesmo mediante captação de financiamento externo, por meio do BNDES. A aprovação da nova redação iria concentrar ainda mais o setor.

Esses argumentos, porém, foram vencidos e a Proposta de Emenda Constitucional nº 5/2002 foi aprovada. Destaca-se, portanto, aspectos importantes que marcaram a linha política adotada, em razão da Emenda à Constituição nº 36 /2002. Permitiu-se a participação de capital estrangeiro, desde que limitados a 30% do capital total: trata-se da possibilidade das empresas de mídia adotarem a composição societária que melhor lhes convier para o execução de suas atividades, podendo adequar e aperfeiçoar seu arranjo societário para receber eventuais incentivos de capital estrangeiro¹³⁶.

“A alteração do art. 222 da Constituição Federal representa a perspectiva de revitalização de um setor empresarial que, tolhido por preceito anacrônico, encontra-se em descompasso com a enorme abertura empreendida pela economia brasileira”¹³⁷.

A EC nº 36/2002 impôs, ainda, que a gestão das atividades das empresas e a concepção do conteúdo da programação devem ser feitas por brasileiros natos ou naturalizados. Ademais, cabe somente a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos a responsabilidade pelas áreas editoriais e de direção de programação dos órgãos de imprensa e veículos de rádio e televisão.

Assim, a EC nº 36/2002 ao mesmo tempo em que atendeu à necessidade de capitalização das empresas de comunicação, estabeleceu importantes salvaguardas à preservação da cultura nacional¹³⁸:

Tem-se, então, que com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 36 ao art. 222 da Constituição Federal permitiu-se a participação do capital estrangeiro, porém

¹³⁶ MEIRELLES, José Carlos Junqueira S. MEJLACHOWICZ, Rachel Bejla. AMATUZZI, Bruno Enrico Dalarossa. *Promulgação da emenda constitucional Nº 36/2002*. Disponível em: <http://www.abdi.org.br/website/artigos.asp?id=265>. Acessado em: 08.06.2009.

¹³⁷ PARECER Nº 242, de 2002, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 5, de 2002. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2002/04/10042002/04066.pdf>. Acessado em: 08.07.2009.

¹³⁸ PARECER Nº 242, de 2002, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 5, de 2002. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2002/04/10042002/04066.pdf>. Acessado em: 08.07.2009.

limitou-se essa abertura, de forma a tentar incentivar o crescimento do setor com aportes estrangeiros, mas mantida a presença compulsória da participação de brasileiros no setor.

Atualmente, não há discussão no sentido de retirar esse limite ao capital estrangeiro, todavia, nos projetos de lei que tratam dos serviços de comunicação de massa se cogita se tal restrição deve ser estendida a todos os atores que pretendem entrar no mercado de produção ou programação de conteúdo ou apenas àqueles que prestam algum tipo de serviço, como a radiodifusão, por exemplo¹³⁹.

2.4.2 Restrições à publicidade

O controle de conteúdo visa proteger alguns preceitos constitucionais frente à liberdade de expressão ampla que atinge direitos individuais e coletivos. As propagandas comerciais são meios hábeis para atingir esses preceitos que se visa proteger. Dessa forma, visando uma regulamentação mais rígida da publicidade, existem diversos dispositivos legais no arcabouço normativo brasileiro que buscam proteger os consumidores dos malefícios da publicidade.

O Código de Defesa do Consumidor é um dos instrumentos de proteção contra a publicidade enganosa e abusiva. Em seu art. 37, §2º estabelece que:

“§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

Nesse diapasão, prevê o art. 220, § 4º da Constituição obrigações relativas à veiculação de propaganda comercial, especificamente daquelas que buscam vender bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias:

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

(...)

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do

¹³⁹ WIMER, Miriam. *Os projetos de lei de comunicação de massa*. In: Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, Vol. 2, n. 1, 2010. [Prelo].

parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

A lei que regulamentou essas restrições foi a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996.

No que concerne ao objeto de estudo deste trabalho, a Lei 9.294/1996 trouxe algumas espécies de controle de conteúdo. A antiga redação do art. 3º da Lei permitia a veiculação de propaganda de produtos fumíferos (cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos), em emissoras de rádio e televisão, no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas, o que resultava em um controle administrativo semelhante à classificação indicativa. Porém, a nova redação do artigo 3º limita a veiculação desse tipo de propaganda a cartazes, painéis e pôsteres. Trata-se de um controle restritivo a um certo tipo de conteúdo.¹⁴⁰

Outros artigos da Lei 9.294/1996 não só limitam a veiculação de propagandas de bebidas alcoólicas, terapias, medicamentos e defensivos agrícolas a certos horários e programas como exigem a difusão de algumas mensagens de advertência sobre o seu uso.¹⁴¹

Observa-se que os limites impostos em lei para a publicidade estão relacionados com a intenção demonstrada no Código de Defesa do Consumidor: proteger os consumidores de propagandas que sejam capaz de induzi-los a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde.

¹⁴⁰ Antiga redação: “Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior somente será permitida nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas.”

Nova redação: “Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda. (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)”

¹⁴¹ Art. 4º Somente será permitida a propaganda comercial de bebidas alcoólicas nas emissoras de rádio e televisão entre as vinte e uma e as seis horas.

§ 1º A propaganda de que trata este artigo não poderá associar o produto ao esporte olímpico ou de competição, ao desempenho saudável de qualquer atividade, à condução de veículos e a imagens ou idéias de maior êxito ou sexualidade das pessoas.

(...)

Art. 5º As chamadas e caracterizações de patrocínio dos produtos indicados nos arts. 2º e 4º, para eventos alheios à programação normal ou rotineira das emissoras de rádio e televisão, poderão ser feitas em qualquer horário, desde que identificadas apenas com a marca ou *slogan* do produto, sem recomendação do seu consumo.

(...)

Art. 7º A propaganda de medicamentos e terapias de qualquer tipo ou espécie poderá ser feita em publicações especializadas dirigidas direta e especificamente a profissionais e instituições de saúde.

§ 1º Os medicamentos anódinos e de venda livre, assim classificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde, poderão ser anunciados nos órgãos de comunicação social com as advertências quanto ao seu abuso, conforme indicado pela autoridade classificatória.

(...)

Art. 8º A propaganda de defensivos agrícolas que contenham produtos de efeito tóxico, mediato ou imediato, para o ser humano, deverá restringir-se a programas e publicações dirigidas aos agricultores e pecuaristas, contendo completa explicação sobre a sua aplicação, precauções no emprego, consumo ou utilização, segundo o que dispuser o órgão competente do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, sem prejuízo das normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde ou outro órgão do Sistema Único de Saúde.

2.4.3 Cotas de Programação

As cotas como forma de política pública podem ser aplicadas nos serviços públicos desde que haja a intenção de criar regras diferenciadas de acesso quando as condições a que se submetem os atores do setor não são igualitárias.

Os argumentos que muitas vezes estão relacionados às cotas de conteúdo estão voltados à importância da diversidade de conteúdos no contexto democrático e à necessidade de possibilitar a inserção de grupos minoritários nos meios de comunicação social de massa. Há ainda, o argumento de que é necessário proteger a cultura nacional, discussão essa que existe inclusive na OMC, com relação à chamada "exceção cultural"¹⁴².

A imposição de cotas está intimamente ligada ao direito à igualdade. Esse direito tem duplo aspecto. Existe um direito a igual tratamento, que é o direito a igual distribuição de oportunidades ou benefícios. O segundo aspecto é o direito a um tratamento como igual, que não significa receber os mesmos benefícios ou oportunidades, mas sim ser tratado com o mesmo respeito e preocupação como qualquer outro¹⁴³.

Desse modo, não existe um paradoxo na ideia de que um direito individual, e.g., o direito à livre programação das empresas de radiodifusão de sons e imagens, tenha conflitos com uma política social desejável, no caso da radiodifusão, a política de prevalência de programações destinadas a finalidades educativas e culturais, e que dê prevalência a conteúdos regionais e nacionais.

¹⁴² A definição de "exceção cultural" surgiu quando a França e os Estados Unidos divergiram quanto ao conceito dos bens das indústrias culturais, no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), em sua Rodada do Uruguai de 1994. A França não aceitou a liberalização do setor audiovisual, por não considerá-lo como mercadoria comum. Alegou que se trata de um serviço misto, pois além de comerciais esses produtos têm valor simbólico e geram propriedade intelectual. A exceção cultural passou a ser sustentada pelo conceito de diversidade cultural apresentado na Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural da UNESCO, de 2 de novembro de 2001. A Declaração além de definir o que seja diversidade cultural, garante a utilização da "exceção cultural" quando este conceito é inserido em acordos multilaterais. Ainda, a Declaração dispõe em seu art. 11 que as forças do mercado, por si sós, não podem garantir a preservação e promoção da diversidade cultural. Desse modo, afirma convir o fortalecimento primordial das políticas públicas, em parceria com o setor privado e a sociedade civil para estimular a produção, a salvaguarda e a difusão de conteúdos diversificados nos meios de comunicação e nas redes mundiais de informação. E, dessa forma, promover o papel dos serviços públicos de radiodifusão e de televisão na elaboração de produções audiovisuais de qualidade, favorecendo, particularmente, o estabelecimento de mecanismos de cooperação que facilitem a difusão das mesmas. Dentre as medidas possíveis para essa promoção encontram-se as cotas de produção internas, cotas de difusão/investimento para obras audiovisuais com certos objetivos culturais ou lingüísticos, cotas de conteúdo para obras de produtores independentes além dos mecanismos de suporte financeiro.

(THIEC, Yvon. Da OMC à UNESCO – comércio, cultura e globalização: a posição defendida pela França. p. 149-158. In: BRANT, Leonardo (org). *Diversidade Cultural. Globalização e Culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Instituto Pensarte, 2005.) (SERFERT, Tatiane Andrade. *Mais Definições em Trânsito: Exceção Cultural*. Disponível em : <http://www.cult.ufba.br/maisdefinicoes/EXCECAOCULTURAL.pdf>. Acessado em 30.07.2009) (UNESCO, Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, 2001. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acessado em 29.07.2009)

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *Takin Rights Seriously*. Harvard University Press, 1899. p.227

A imposição de cotas deve ser justificada de forma que demonstre ser razoável impor e incentivar certo tipo de conteúdo uma vez que a perda da comunidade com essas imposições será menor do que o ganho que se terá com a implementação dessa política. Ainda, é necessário demonstrar que nenhuma outra política produziria os mesmos ganhos¹⁴⁴.

Assim, é perfeitamente possível a imposição de cotas de transmissão de determinados conteúdos desde que haja o interesse em incentivar a veiculação de determinados tipos de conteúdo que, de outra forma, não seria possível.

O art. 28 do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão impõe deveres como o de se observarem em todos os programas de informação, de divertimento, propaganda e publicidade, as finalidades educativas e culturais:

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

(...)

11- subordinar os programas de informação, divertimento, propaganda e publicidade às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão.

Além do dever de observar as finalidades educativas e culturais, esse artigo traz outras imposições à programação televisiva como o dever de manter um elevado sentido moral nas transmissões e a imposição de cotas para a transmissão de serviço noticioso e quantidade mínima de transmissão de programas educacionais:

12 - na organização da programação:

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

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

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

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

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

(...)

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

m) irradiar, diariamente, os boletins ou avisos do serviço meteorológico;

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Takin Rights Seriously*. Harvard University Press, 1899. p.227

Impende ressaltar que posteriormente, no mesmo Regulamento, é reiterado o dever de preservar um sentido moral e cívico na programação, bem como as cotas estabelecidas para os serviços noticiosos e à publicidade comercial:

Art 67. As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, observado o caráter educacional desse serviço, deverão na organização dos seus programas, atender entre outras às seguintes exigências:

1. manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a irradiação de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrários à moral familiar e aos bons costumes;
2. limitar a um máximo de 25% (vinte cinco por cento) pelo horário da sua programação diária, o tempo destinado à publicidade comercial;
3. destinar um mínimo de 5% (cinco por cento) do horário de sua programação diária para transmissão de serviço noticioso.

O Regulamento dos Serviços de Radiodifusão não é a única estrutura normativa a instituir cotas de programação. O Código Brasileiro de Telecomunicações, em alterações posteriores a sua publicação, possui redação quase idêntica ao do art. 28 do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão:

Art. 38. Nas concessões, permissões ou autorizações para explorar serviços de radiodifusão, serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas: (Redação dada pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002)

(...)

d) os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade das empresas de radiodifusão estão subordinadas às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando aos superiores interesses do País;

(...)

h) as emissoras de radiodifusão, inclusive televisão, deverão cumprir sua finalidade informativa, destinando um mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso.

Conclui-se, pela leitura desses dispositivos, que a imposição de cotas de conteúdo específico e limites para programas de publicidade está intimamente ligada ao objetivo de fazer valer políticas públicas de estímulo a finalidades educativas e culturais e ao desenvolvimento socioeconômico.

A imposição de cotas é um mecanismo utilizado não só no Brasil, mas também em outras legislações. A diretiva “Televisão sem Fronteiras” da União Européia (UE) é uma referência no que diz respeito ao setor audiovisual. Determina essa diretiva que os Estados-membros da UE adequem as legislações nacionais para que os canais de televisão reservem, sempre que possível, metade do seu tempo de difusão a filmes e programas europeus; que criem mecanismos de salvaguarda para proteger determinados objetivos de interesse público importantes, como a diversidade cultural; que velem pelo

pleno respeito do volume máximo de publicidade que os canais podem transmitir num determinado período de tempo (medido em minutos por hora ou dia)¹⁴⁵.

Exemplo da adequação dessas diretivas pode ser visto na Itália, onde regulação pública convive com a auto-regulação. A Radio Audizioni Italia (RAI), integrante do sistema estatal, deve, dentre outras imposições, exibir uma cota de produções europeias, de no mínimo 20%¹⁴⁶.

Importa observar que a legislação brasileira faz referência à publicidade comercial, todavia não a define. É prática comum em algumas emissoras veicular programas destinados exclusivamente a venda de produtos. As tele vendas são apresentadas pelas emissoras como programas fora da cota de programas de publicidade¹⁴⁷, todavia isso é um estratagema, pois a essência desses programas é vender produtos, o que os classifica como programas de publicidade comercial. A utilização dessa prática faz ultrapassar o limite estabelecido pelo CBT e pelo Regulamento dos Serviços de Radiodifusão para a veiculação de publicidade, o que a torna ilegal.

Ainda observando a finalidade educativa e cultural dos serviços de radiodifusão é que se estabeleceu, no Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, que a apresentação da proposta pelos interessados na licitação para concessão de serviços de radiodifusão de sons e imagens deve conter a grade de programação que se pretende oferecer.¹⁴⁸

Na avaliação das propostas, são considerados os seguintes quesitos: a) tempo destinado a programas jornalísticos, educativos e informativos; b) tempo destinado a serviço noticioso; e c) tempo destinado a programas culturais, artísticos e jornalísticos produzidos e gerados na própria localidade ou no município à qual pertenceu a localidade do objeto de outorga¹⁴⁹. Cada um desses quesitos possui pontuação diferenciada, sendo a maior pontuação a concedida àqueles que melhor atenderem ao item “c”.

Pela leitura do art. 16, verifica-se que esse dispositivo não gera uma imposição para que certos tipos de programas sejam exibidos, mas concede uma vantagem aos

¹⁴⁵ UE. *Diretiva Televisão sem Fronteiras*. Disponível em: http://europa.eu/pol/av/overview_pt.htm.

¹⁴⁶ ANDI. *Regulação de Comunicações*. Disponível em: <http://www.andi.org.br/index.asp>. Acessado em 05.07.2009.

¹⁴⁷ INTERVOZES. *No vale tudo, vende-se tudo*. In: Revista Concessões de Rádio e TV. 2007. Disponível em: http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=23. Acessado 07.07.2009.

¹⁴⁸ Art. 16 do Decreto nº 52.795/63.

¹⁴⁹ Art. 16, § 1º do Decreto nº 52.795/63.

interessados que derem prevalência em sua programação aos serviços noticiosos, programas culturais, artísticos, jornalísticos, bem como ao conteúdo regional.

O art. 221 da Constituição Federal também busca incentivar a produção regional e nacional estabelecendo como finalidades da programação das emissoras de radiodifusão a: “II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei”.

Há, portanto, um incentivo à produção independente e regional¹⁵⁰ sem, contudo, estabelecer cotas para essa finalidade. O dispositivo do art. 221, II e III da Constituição Federal nunca foi regulamentado de forma a efetivar a produção independente, nacional e regional¹⁵¹ apesar de existirem tentativas para esse fim.

O Projeto de Lei da Câmara nº 256 de 1991, proposto pela Deputada Jandira Feghali, estabelece cotas de 30% para o conteúdo regional, definindo-o como o “trabalho cultural, artístico e jornalístico realizado no mesmo local em que estiver situada a emissora de radiodifusão ou televisão que o gerar.” Atualmente o PL nº 256/1991, convertido no PLC nº 59/2003, encontra-se no Senado aguardando apreciação¹⁵².

“A concentração dos meios de comunicação no plano nacional, notadamente na mídia televisiva, reduz as possibilidades de afirmação da produção independente e regionalizada, prevista no artigo 221 do texto constitucional, já que essa adquire caráter secundário em relação à produção das emissoras cabeça-de-rede, onde há infra-estrutura montada e gastos otimizados para o investimento em programação. Como os custos de investimentos semelhantes nas emissoras afiliadas são mais altos que a simples retransmissão da programação produzida nos grandes centros e, ainda assim, altos gastos não são sinônimo de garantia de sucesso da programação, empresários da radiodifusão hesitam em produzir conteúdo próprio”¹⁵³.

Em relação ao incentivo à produção nacional, a discussão é ainda menor. Somente com a propositura do Projeto de Lei nº 29/2007 na Câmara dos Deputados,

¹⁵⁰ Como o dispositivo nunca foi regulamentado, não existe uma definição legal do que seja conteúdo regional ou independente para o setor de radiodifusão. Em pesquisa realizada pelo Observatório de Direito à Comunicação, em março de 2009, definiu-se como produção regional a voltada à população da cidade de origem da emissora, “mas não precisa necessariamente retratá-la: o que a define é o local da sua realização, não a natureza do seu conteúdo”. (VALENTE, Jonas C. L. *Produção regional na TV aberta brasileira: Um estudo em 11 capitais brasileiras*. In: Observatório do Direito à Comunicação. Março, 2009. p. 5. Disponível em: http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25. Acessado em: 06.07.2009.)

¹⁵¹ Pesquisa realizada pelo Observatório de Direito à Comunicação, em março de 2009, constatou que de 58 emissoras analisadas em 11 capitais brasileiras, a média de tempo de programação dedicada à produção local foi de apenas 10,83%. (Observatório do Direito à Comunicação. *Produção regional na TV aberta brasileira: Um estudo em 11 capitais brasileiras*. Março, 2009. Disponível em: http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25. Acessado em: 06.07.2009.)

¹⁵² PLC nº 59/2003. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=60879. Acessado em: 07.07.09.

¹⁵³ MARTINS, Paulo Emílio. PIERANTI, Octávio. *Políticas Públicas para as comunicações no Brasil: adequação tecnológica e liberdade de expressão*. Trabalho apresentado no Encontro de Administração Pública e Governança, realizado em São Paulo nos dias 22 a 24 de novembro de 2006. p. 12.

3 O projeto de lei nº 29

No cenário nacional, como se viu, ao se cuidar do controle de conteúdo identificam-se diversas formas reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro de interferência na prestação do serviço da radiodifusão, que vão desde modelos próximos à classificação indicativa, chegando até mesmo à vedação de tipos de conteúdo.

Não obstante seja a estrutura do setor de radiodifusão de sons e imagens modelada segundo normas de direito público e privado, há que se reconhecer que a imposição de cotas de conteúdos específicos e limites para programas de publicidade estão ligados a políticas públicas vinculadas a finalidades educativas, culturais e ao desenvolvimento socioeconômico, o que permite que se diga, em outras palavras, que há índices normativos específicos para o controle do conteúdo radiodifusor.

O desempenho dessa atividade é ditado pelas políticas públicas concebidas para o setor e a sua formulação tem apoio constitucional e legal. É nesse sentido que surgem as normas de interferência no conteúdo audiovisual, baseadas em políticas públicas de incentivo a certos tipos de conteúdo e detrimento de outros.

Levando-se em conta que a questão central versada nesse trabalho diz respeito à imposição de conteúdo nacional, entendida como instrumento de realização das políticas públicas de valorização da cultura nacional e de desenvolvimento socioeconômico, é esclarecedor o estudo de um caso, o PL29, para verificar se há novidades no encaminhamento de políticas públicas, ou se o PL29 reflete a mera ampliação dos espaços de interferência identificados na conformação jurídica setorial.

A atual legislação referente à TV comercial não contempla a questão das cotas de conteúdo brasileiro. Não há sequer uma definição do que seja conteúdo nacional¹⁵⁶ apesar da determinação constitucional e legal de incentivá-lo. Não obstante existam

¹⁵⁶ A definição de conteúdo nacional aparece apenas no art. 1º, V da Medida Provisória nº 2.228-1, que criou a ANCINE. Eis o seu teor: “V - obra cinematográfica brasileira ou obra videofonográfica brasileira: aquela que atende a um dos seguintes requisitos:

a) ser produzida por empresa produtora brasileira, observado o disposto no § 1º, registrada na ANCINE, ser dirigida por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 3 (três) anos, e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 5 (cinco) anos;

b) ser realizada por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil mantenha acordo de co-produção cinematográfica e em consonância com os mesmos.

c) ser realizada, em regime de co-produção, por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de co-produção, assegurada a titularidade de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) dos direitos patrimoniais da obra à empresa produtora brasileira e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 3 (três) anos.” Impende destacar que uma definição precisa do que seja conteúdo nacional é necessária para que se ponha em prática o disposto no art. 221 da Constituição: valorização de conteúdos nacionais.

diversas formas de controle de conteúdo já implantadas, conforme demonstrado no capítulo anterior, a estipulação de cotas de conteúdo nacional nos serviços de radiodifusão não aparecem na legislação como opção de política pública.

Há que se detectar se as propostas do PL29 criam algo novo (novas dimensões não contempladas e potencialmente problemáticas) ou simplesmente ampliam os casos de possibilidades de interferência já presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O projeto de lei nº 29, de fevereiro de 2007, é de autoria do Deputado Paulo Bornhausen, porém já foi objeto de substitutivos elaborados pelos Deputados Wellington Fernandes, Jorge Bittar e Vital Rego.

3.1 *Texto original*

A convergência das tecnologias e meios de produção e distribuição de conteúdos audiovisuais exige uma regulação e fiscalização coerente no setor, ao contrário do atual quadro normativo repartido e antagônico que existe para os serviços que distribuem esse tipo de conteúdo.

O projeto de lei nº 29 apresentando pelo Deputado Paulo Bornhausen busca atingir uma visão global do setor, acabando com as regulamentações distintas para as mesmas categorias de serviços prestados¹⁵⁷.

O texto original elaborado pelo Deputado Paulo Bornhausen não previa qualquer tipo de cota de conteúdo. Por outro lado, dava destaque à questão do capital estrangeiro nos serviços que pretendia regular: serviços de comunicação social eletrônica.

Nele foi definido como comunicação social eletrônica o conteúdo eletrônico (conjunto de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons e informações de qualquer natureza, contendo material de natureza informativa, educativa ou de entretenimento) distribuído pelos serviços de telecomunicações de radiodifusão sonora, de radiodifusão de sons e imagens, de TV a Cabo, de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via Satélite (DTH), de distribuição de sinais multiponto multicanal (MMDS).

¹⁵⁷ Ao PL29 foram pensados outros projetos de lei: o PL 70/2007, PL 332/2007 e PL 1908/2007. Importa destacar sobre esses projetos que apesar de tratarem dos serviços de comunicação social eletrônica, em nenhum há menção às cotas de conteúdo nacional. O que se observa do texto original desses projetos é que não existia a intenção de colocar qualquer tipo de cotas de conteúdo no debate sobre o novo serviço.

Observa-se que, no texto apresentado pelo Dep. Bornhausen, não há a distinção entre serviços de telecomunicações e radiodifusão, o que é coerente com a natureza do serviço. A inclusão dos serviços de radiodifusão como espécie do gênero serviço de telecomunicações permite inferir que o disciplinamento e fiscalização dos serviços, no que concerne à programação, provimento e distribuição do conteúdo é de competência da ANATEL¹⁵⁸. Por outro lado, o texto continua a adotar a separação de competências para a concessão de outorgas dos serviços: as outorgas para os serviços de radiodifusão se mantêm sob a competência do poder Executivo (Ministério das Comunicações, mais especificamente) e a dos demais serviços de telecomunicações sob a competência da ANATEL.

O projeto busca ampliar a concorrência entre aqueles que produzem e distribuem informação. Com esse objetivo retirou o limite de capital estrangeiro do serviço de TV a cabo.

Apesar de não estabelecer cotas de conteúdo, o projeto em sua redação original buscou incentivar a promoção da língua, cultura e valores nacionais, da diversidade cultural e de fontes de informação e a vedação ao monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação social eletrônica.

O que se vê é que o projeto faz alguns avanços no que se refere à ampliação da concorrência no setor, contudo em relação ao conteúdo audiovisual se limita a instituir diretrizes sem inovar no encaminhamento das políticas públicas.

3.2 Substitutivo Deputado Wellington Fagundes

Na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, o Deputado Wellington Fagundes apresentou três substitutivos ao projeto de lei original. Foi delimitada a análise com base no último substitutivo apresentado, uma vez que reflete o resultado das discussões que ocorreram nessa comissão.

O substitutivo do Dep. Wellington Fagundes, do dia 22 de novembro de 2007, teve como uma das suas principais características a estrutura que concedeu à cadeia produtiva do setor de audiovisual. A cadeia foi dividida em segmentos distintos e bem delimitados: atividades de produção, programação, empacotamento e distribuição de

¹⁵⁸ WIMER, Miriam. *Os projetos de lei de comunicação de massa*. p. 6-7. In: Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, Vol. 2, n. 1, 2010. [Prelo].

audiovisual¹⁵⁹. Essa divisão permitiu o enquadramento das atividades em regimes regulatórios distintos, de acordo com cada atividade.

Apesar do avanço na delimitação da cadeia produtiva do setor, o substitutivo voltou a estabelecer a diferença entre serviços de radiodifusão e telecomunicações conforme feita na Constituição Federal, e excluiu a radiodifusão sonora de sons e imagens de sua aplicação.

Não obstante o projeto busque estabelecer uma regulação neutra do ponto de vista tecnológico, em razão da convergência tecnológica, o substitutivo excluiu os conteúdos distribuídos por meio da internet do campo de aplicação da lei. Assim, o projeto de lei nº 29 ficou restrito à comunicação audiovisual eletrônica por assinatura.

No que concerne à imposição de cotas de conteúdo, o substitutivo apresentado incluiu novidades na orientação das políticas públicas do setor. Inicialmente o substitutivo tinha apenas indicado a introdução de cotas de conteúdo nacional sem estabelecer percentuais e formas de aplicação. Mas, a partir das discussões que ocorreram na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, no último substitutivo oferecido ficou estabelecida uma cota de 50% de conteúdo nacional no empacotamento de canais, sendo 10% de produção independente brasileira.

Para atingir as cotas impostas conceituou-se conteúdo audiovisual eletrônico nacional como sendo o conteúdo: a) produzido em língua portuguesa e direcionado ao público brasileiro; ou b) do qual participem de forma preponderante artistas e jornalistas brasileiros; ou c) que contenha sons e imagens da transmissão de eventos culturais, artísticos ou esportivos, realizados em território nacional ou dos quais participem brasileiros que atuem no campo cultural, artístico ou desportivo. Desse modo estabeleceu uma definição mais ampla que aquela existente na Medida Provisória nº 2.228-1 e desconsiderou a co-produção como forma de conteúdo nacional¹⁶⁰.

Produção independente brasileira foi conceituada como aquela cuja empresa produtora não tenha qualquer associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas

¹⁵⁹ Segundo o substitutivo produção é a “elaboração, composição, constituição e criação de conteúdo audiovisual eletrônico”; a programação é a atividade de “seleção, organização ou formatação de conteúdo audiovisual eletrônico para seqüências horárias definidas para um canal de programação”; empacotamento é a “seleção e organização de conjuntos de canais de programação para oferta e distribuição na sua forma final a assinantes”; e distribuição é a atividade de “entrega, transmissão, veiculação e provimento de conteúdo audiovisual eletrônico aos assinantes, podendo ainda incluir as ações de comercialização, atendimento, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos”.

¹⁶⁰ Sayonara Leal e Lara Haje entendem que a retirada da co-produção como espécie de conteúdo nacional se alinha aos interesses das empresas radiodifusoras (especificamente das Organizações Globo), que com isso garantem espaço para as suas produções, pois se limita a possibilidade de surgimento de novos produtores e programadores. (HAJE, Lara. SAYONARA, Leal. *O debate acerca da convergência tecnológica no congresso nacional brasileiro: os movimentos pela consolidação da nova lei de TV por Assinatura*. Disponível em: http://www.compos.org.br/data/biblioteca_344.pdf. Acessado em: 31.07.2009. p. 3; 11.)

de serviço de radiodifusão de sons e imagens, prestadoras de serviço de telecomunicações, independentemente da modalidade de outorga e do regime de prestação de serviço.

Além de estipular cotas de conteúdo, com o intuito de incentivar a produção nacional, o projeto estabeleceu montante de recursos públicos destinados ao fundo de fomento à cultura de que trata a Lei da Ancine.

O projeto tem por escopo a promoção da diversidade de opiniões e o incentivo à cultura e ao desenvolvimento socioeconômico do país. Com esse objetivo busca o fomento à produção de conteúdo por brasileiros e a criação local de postos de trabalho no setor de audiovisual.

No substitutivo do Dep. Wellington Fagundes a instituição de cotas de conteúdo revela-se como um importante instrumento para melhor conduzir aos objetivos buscados e se apresenta como uma novidade no encaminhamento das políticas públicas no setor do audiovisual. Trata-se de um controle de fato pró-ativo da grade de programação, porém, o modelo de cotas apresentado nesse substitutivo é ainda tímido e pouco delineado, ao contrário do que ocorre com o substitutivo apresentado pelo Deputado Jorge Bittar que será tratado a seguir.

3.3 Substitutivo Deputado Jorge Bittar

O substitutivo apresentado pelo Dep. Jorge Bittar, relator do projeto na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, trouxe diversas inovações ao texto original, mas a grande novidade desse projeto é a imposição de cotas de conteúdo.

No substitutivo apresentado pelo deputado conceituou-se o serviço como sendo de comunicação audiovisual social eletrônica de acesso condicionado, no qual existem quatro atividades: produção, programação, empacotamento e distribuição de conteúdo audiovisual. Retirou-se do texto apresentado pelo Dep. Wellington Fagundes a expressa exclusão da internet da aplicação da lei, uma vez que a intenção é produzir uma legislação neutra do ponto de vista tecnológico.

A competência para fiscalizar o serviço ficou dividida. Como a distribuição se constitui em serviço de telecomunicações, a ANATEL seria a autoridade de regulação sobre essa atividade e a LGT tornar-se-ia o principal instrumento legal a reger todas as

formas de transporte de sinais de serviços de televisão por assinatura, independentemente da tecnologia empregada pela operadora. Já as demais atividades (de produção, programação e empacotamento) estariam sob a competência regulatória da Ancine, uma vez que tais atividades tratam da esfera do audiovisual.

A partir de experiências internacionais e da atual situação do mercado brasileiro de televisão por assinatura, onde existe uma limitada competição e como consequência pouca quantidade de conteúdo nacional, o substitutivo propôs a instituição de cotas progressivas de conteúdo nacional para os empacotadores e programadores. Essas cotas deveriam ser implementadas progressivamente em um prazo de quatro anos após a aprovação do projeto de lei.

Entendeu-se como conteúdo brasileiro aquele produzido por brasileiro ou por empresa de maioria de capital de brasileiros ou aquele produzido em regime de co-produção¹⁶¹ e com a presença de artistas brasileiros. Essa definição permite acordos entre as produtoras garantindo um espaço para as produtoras e programadores de médio e pequeno porte, de forma que possam competir com as já existentes. A conceituação do que seja conteúdo nacional se apresenta como de fundamental importância para o que propõe o substitutivo: aumentar a competição e fomentar a produção nacional.

Ainda, o substitutivo propôs que a gestão de programadoras e empacotadoras fosse feita por brasileiros, sendo possível às empresas internacionais exercer atividades de produção e programação. Para o caso de produtoras a gestão seria livre.

O sistema de cotas proposto pelo substitutivo do Dep. Jorge Bittar é complexo de forma a buscar uma real modificação e incentivo à produção nacional. Para isso criou o espaço qualificado, que seria o conjunto de conteúdos da grade de programação, excluindo-se os programas de conteúdo jornalístico, religiosos, políticos, esportivos,

¹⁶¹Nos termos do substitutivo: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se (...)VI – Conteúdo Nacional: conteúdo audiovisual eletrônico que atende a um dos seguintes requisitos:

a) ser produzido por produtora brasileira registrada no órgão regulador do audiovisual, ser dirigido por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 3 (três) anos, e utilizar, para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 5 (cinco) anos;

b) ser produzido por produtora brasileira registrada no órgão regulador do audiovisual, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil mantenha acordo de co-produção cinematográfica e em consonância com o mesmo, assegurada a titularidade de, no mínimo, 20% (vinte por cento) dos direitos patrimoniais da obra à produtora nacional, e utilizar, para sua produção, no mínimo, 1/4 (um quarto) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 3 (três) anos;

c) ser produzido, em regime de co-produção, por produtora nacional registrada no órgão regulador do audiovisual, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de co-produção, assegurada a titularidade de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) dos direitos patrimoniais da obra à produtora nacional, utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 3 (três) anos, e obedecer a critérios estabelecidos pelo órgão regulador do audiovisual que considerem, de forma ponderada, parâmetros como utilização de mão-de-obra brasileira qualificada, locação e contratação de serviços técnicos no Brasil, entre outros”

concursos, televidas e publicidade. Assim, entende-se como espaço qualificado aqueles conteúdos que demandam certo grau de produção e, portanto, investimento¹⁶².

No substitutivo são estabelecidas as seguintes cotas:

- a) 10% dos conteúdos veiculados, nos canais ocupados majoritariamente por espaço qualificado, deverão ser produzidos por produtora nacional independente¹⁶³.
- b) 30% dos canais de programação que possuem majoritariamente espaço qualificado deverão ter, em seu espaço qualificado, ao menos 50% de conteúdo nacional, dos quais ao menos a metade, ou seja 25%, deverá ser produzida por produtora nacional independente.
- c) 50% dos canais de programação deverão ser nacionais;
- d) 30% das programações dos canais nacionais devem ser nacionais e independentes;

Segundo relato do Dep. Jorge Bittar, a imposição de 50% de canais nacionais representaria apenas um incremento de 10% nos níveis atuais, onde 40% dos canais são nacionais. A diferença está na imposição de que 30% das programações desses canais nacionais sejam independentes. Ainda, os canais de veiculação obrigatória são excluídos do cômputo das cotas. O objetivo dessa imposição é buscar uma pluralidade de fonte de informações que hoje não ocorre.

Essas cotas deveriam ser cumpridas no horário compreendido entre as 18h e 23h para as programações voltadas ao público adulto, entre as 8h e 23h para as programações voltadas ao público adolescente e de 8h às 21h para as programações voltadas ao público infantil. Isso faz com que as cotas sejam exibidas em horários nobres e não naqueles de pouca audiência.

O substitutivo ainda institui cotas para a publicidade, conforme já existe na regulação da radiodifusão de sons e imagens, todavia limita ainda mais o tempo da grade em que a propaganda comercial é veiculada. A propaganda foi limitada a apenas 10% do tempo da grade de programação, ou seja, menos que os 25% permitidos à

¹⁶² Parecer do Jorge Bittar ao substitutivo do PI 29/2007.

¹⁶³ Produtora Nacional Independente é definida como: “produtora nacional que atenda os seguintes requisitos, cumulativamente: a) programadoras, empacotadoras e distribuidoras que programem, empacotem ou distribuam sua produção não poderão deter, sob controle direto ou indireto, mais do que 20% (vinte por cento) de participação no seu capital votante; b) não mais do que 50% (cinquenta por cento) das suas vendas, medidas em horas de produção efetivamente veiculada, sejam comercializadas com uma única programadora, empacotadora ou distribuidora; c) os direitos patrimoniais majoritários sobre sua produção sejam de sua titularidade e os direitos de difusão cedidos a programadora ou a concessionária do serviço de radiodifusão de sons e imagens que o veicule sejam claramente definidos e limitados no tempo, conforme disposto em regulamentação”.

radiodifusão em razão da diferença da fonte de renda dos serviços. Segundo o substitutivo da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, estas cotas deveriam ser totalmente atingidas quatro anos após a edição da lei, existindo uma gradação até o seu cumprimento total.

Criou-se, assim, um ambiente propício para a produção nacional e produção nacional independente. A política de cotas estabelecida para os serviços de comunicação audiovisual social eletrônica de acesso condicionado apareceu muito bem delimitada e como uma inovação no setor do audiovisual.

A instituição de cotas e a criação do horário qualificado criaram um cenário de incentivo à produção nacional que não existe sequer no setor de televisão comercial (radiodifusão de sons e imagens). O sistema do substitutivo do Dep. Jorge Bittar apresenta-se tão bem disciplinado que se sobressai à legislação referente à radiodifusão de sons e imagens que se limita a meras orientações e não faz qualquer tipo de imposição à transmissão de conteúdo nacional.

O que se vê é uma inovação no que concerne ao incentivo à produção nacional, ao desenvolvimento da cultura, o aumento da concorrência, tudo estabelecido de forma obrigatória, cabendo às agências competentes a fiscalização do cumprimento das imposições estabelecidas na lei.

3.4 Substitutivo do Deputado Vital do Rêgo Filho

O sistema de cotas apresentado na Comissão de Ciência e Tecnologia sofreu grandes alterações após passar pela Comissão de Defesa do Consumidor. Com relatoria do Deputado Vital do Rêgo Filho foi apresentado parecer com outro substitutivo no dia 7 de julho de 2009.

O substitutivo incluiu a internet paga como serviço sujeito às regras elencadas no PL29, tendo como justificativa o fato de que o provimento de conteúdos pagos por meio da internet ter crescido como forma de distribuição de conteúdo e tem se tornado importante no setor.

O ponto nodal para esse estudo, contudo, é a retirada de cotas de conteúdo nacional dos canais individuais. As cotas permaneceram apenas nos canais que veiculam conteúdo nacional, sendo cotas de conteúdo independente¹⁶⁴.

O deputado relator do substitutivo, quando tratou do assunto, ressaltou o fato de as cotas serem objeto de polêmica no projeto. Os diversos atores do setor vêm se manifestando a favor ou contra a imposição de cotas de conteúdo nacional no serviço.

Entre os atores, há uma divisão clara no que concerne ao conteúdo nacional. As empresas radiodifusoras apontam o temor da entrada das empresas de telecomunicações no mercado de conteúdo e assim se mostram como defensoras do conteúdo nacional na produção, programação e provimento de conteúdos por empresas brasileiras. Porém são contra a imposição de cotas na distribuição e afirmam que isso seria uma limitação à liberdade de expressão, o que reflete os seus interesses econômicos.

As empresas de telecomunicações têm se mostrado favoráveis à criação de um ambiente de produção de conteúdo nacional, pois não têm interesse de entrar na produção de conteúdo. Para elas, pode ser estabelecido para tanto as cotas, desde que haja mecanismos de fomento para as produtoras independentes a fim de que não haja uma dependência das grandes programadoras nacionais.

Os produtores independentes são altamente favoráveis à implementação das cotas, vendo nesse mecanismo uma forma de democratização do setor, enquanto as empresas de TV por assinatura consideram a imposição de cotas como um limite à liberdade de expressão.¹⁶⁵

Ao que parece a Comissão de Defesa do Consumidor sucumbiu às pressões das empresas radiodifusoras e de TV por assinatura, pois o substitutivo apresentado recuou na imposição de cotas. Foi incluída a cota de produção independente nos canais que transmitem produção nacional, mas apenas esta. O Dep. Vital do Rêgo alegou que dessa forma não ocorrerá uma ingerência do Estado, cabendo aos programadores a

¹⁶⁴ O art. 16 do substitutivo apresenta a seguinte redação: “Art. 16 Nos canais de programação e catálogos que veicularem mais de 3:30h semanais de conteúdos brasileiros que integrem espaço qualificado, no mínimo 50% (cinquenta por cento) dos conteúdos excedentes deverão ser produzidos por produtora brasileira independente.” O dispositivo apesar de intentar incentivar o conteúdo independente acaba sendo um desincentivador do conteúdo nacional, uma vez que é possível que os programadores evitem atingir o limite de 3:30h semanais para não incorrem na obrigação imposta neste artigo.

¹⁶⁵ Sobre as posições do atores no setor ver: WIMER, Miriam. *Os projetos de lei de comunicação de massa*. p. 6-7. In: Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, Vol. 2, n. 1, 2010. [Prelo]

decisão de veicular conteúdo nacional, com base na audiência e no seu retorno econômico¹⁶⁶.

De fato, dentre os princípios fundamentais aplicados ao serviço, o substitutivo destacou a liberdade de iniciativa, a mínima intervenção da administração pública juntamente com a livre e justa concorrência em todas as atividades relativas à prestação do serviço.

Ainda, a definição do que vem a ser conteúdo nacional mais uma vez sofreu modificação. O substitutivo da Comissão de Defesa do Consumidor o conceitua como o conteúdo audiovisual produzido conforme estabelecido na Medida Provisória 2.228-1, que dentre outras providências criou a Agência Nacional do Cinema – ANCINE. Assim o conteúdo brasileiro ficou definido como aquele:

- “a) produzido por empresa produtora brasileira, registrada na ANCINE, e for dirigido por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 3 (três) anos, e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 5 (cinco) anos;
- b) realizado por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil mantenha acordo de co-produção cinematográfica e em consonância com os mesmos; e
- c) ser realizado, em regime de co-produção, por empresa produtora brasileira registrada na ANCINE, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de co-produção, assegurada a titularidade de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) dos direitos patrimoniais da obra à empresa produtora brasileira e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 3 (três) anos.”

As cotas de conteúdo nacional foram retiradas, tornando-se a optar apenas por diretrizes de incentivo à produção nacional, cabendo à ANCINE o fomento da produção de conteúdo em todo o território nacional.

Não obstante a retirada de cotas de conteúdo nacional, o substitutivo manteve algumas formas de controle de conteúdo. Impôs que, em relação aos pacotes ofertados, ao menos um dos canais seja de conteúdo exclusivamente brasileiro, sendo doze horas diárias veiculadas em espaço qualificado restrito desse canal consistentes em conteúdo brasileiro produzido por produtora independente.

¹⁶⁶ “A linha do Substitutivo foi focar na atividade mais nobre do audiovisual, no caso a produção. Nesse sentido, sem descuidar dos atuais modelos de negócios dos canais de programação existentes, incluiu-se uma cota de produção independente nos canais que veiculam produção nacional. Assim, as operadoras internacionais e os consumidores não sofrem ingerência excessiva do estado, deixando a cargo da audiência e do sucesso econômico das programações a decisão de veicular conteúdo nacional. Ao mesmo tempo, a produção independente foi fomentada e uma janela de veiculação foi garantida por meio da exigência de que 30% da produção seja independente.” (Parecer CDC 7.7.09, p. 12).

Ademais, a classificação indicativa apareceu no projeto como uma imposição a ser observada no serviço de comunicação social eletrônica, bem como limitou a veiculação de propaganda comercial a 12,5% do total da programação diária.

Observa-se que o incentivo à produção nacional não é buscado por meio da conformação da grade de programação. O projeto não excluiu todas as formas de controle de conteúdo, mas apenas aquelas referentes à imposição de cotas de conteúdo nacional e independente.

O PL29 está se encaminhando para não tratar do conteúdo, não gerar inovações, mas apenas ampliar os casos de possibilidades de interferência já presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Após a finalização do presente estudo, analisou-se a última redação do PL29, 2 de setembro de 2009, que não destoa, nos tópicos aqui analisados, da versão de 7 de julho de 2009. Em 9 de setembro de 2009, o PL29 voltou à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática sob relatoria do deputado Paulo Henrique Lustosa (PMDB-CE).

Conclusão

A Constituição prevê em seu art. 21 o serviço de radiodifusão como espécie de serviço público de titularidade estatal, tendo em vista a sua importância estratégica e o seu interesse coletivo. Da conceituação do serviço de radiodifusão como serviço público decorrem algumas consequências.

Dentre essas, se encontra a exigência de serem observados alguns princípios de direito público, tal como a prestação de um serviço adequado, a atualidade do serviço, a sua universalização e continuidade. Esses princípios permitem a interferência do Estado no serviço visando atender ao interesse público e limitando a livre atuação do ente privado concessionário do serviço.

A escassez do espectro de radiofrequências também é tida como um dos motivos de maior intervenção do Estado no setor. O acesso ao espectro é limitado. Isso significa que só alguns podem prestar o serviço de radiodifusão de sons e imagens. Dessa forma, para garantir que o serviço prestado por alguns represente a todos, é possível o controle do conteúdo para a otimização do interesse público e a garantia da diversidade de pensamento.

A interferência do Estado, contudo, não significa uma afronta à liberdade de atuação ou expressão.

O que define a liberdade de expressão não é apenas a não atuação do Estado, ou limites a essa atuação, mas também as garantias concedidas a esse direito. A liberdade de expressão é conceituada não segundo o *laissez faire* da economia, mas sim segundo a idéia de deliberação democrática. A liberdade de expressão não é um direito absoluto, podendo ser restringido para que se observem outros direitos fundamentais.

Assim, o controle de conteúdo não se configura como meio ilegítimo para a atuação estatal, não se confundindo com a censura, pois o que procura defender são interesses coletivos e os princípios que devem ser observados no serviço, tais como a promoção de diversidade de opiniões, visões e idéias, bem como a proteção aos interesses das crianças e adolescentes.

O cenário normativo do setor de radiodifusão de sons e imagens possui algumas formas de interferência na prestação do serviço de radiodifusão de sons e imagens que vão desde a classificação indicativa até a restrição a certos tipos de conteúdo.

Todavia o que se pode observar do arcabouço normativo do setor é que afora as normas presentes na Constituição e as leis que as regulamentam, não há um quadro coerente e robusto no que concerne ao controle de conteúdo.

De fato, existem algumas formas de controle que já estão regulamentadas e em funcionamento como é o caso da classificação indicativa e do controle judiciário *a posteriori*, todavia as iniciativas para implementar as demais formas de controle, como a imposição de cotas de conteúdo, ainda são tímidas. Apesar da previsão constitucional, faltam diretrizes e políticas claras quanto à regulação da radiodifusão. Alguns dispositivos constitucionais permanecem inócuos.

Os princípios jurídicos decorrentes da titularidade estatal dos serviços de radiodifusão não têm sido reforçados por medidas concretas de incentivo à produção nacional, mas as discussões atuais do Congresso Nacional levantam um de seus aspectos, que é a exigência de reserva de programação para essa produção nacional.

A convergência dos meios de transmissão e distribuição de áudio, vídeo e dados exigiu o estabelecimento de mecanismos de regulação e fiscalização que busquem uma visão global do setor. Com esse intuito, surgiu o projeto de lei nº 29 na Câmara dos Deputados.

Apesar de alguns passos terem sido dados em direção à concretização das cotas de conteúdo nacional, como o substitutivo apresentando pelo Dep. Jorge Bittar ao PL29, que chegou a estabelecer cotas de 50% de conteúdo nacional nos canais individuais, as discussões tem regredido nesse sentido, o que significa um retrocesso na busca por medidas concretas de incentivo à produção nacional.

O argumento apresentado nos debates para não se implantar as cotas de conteúdo nacional se firma na idéia de que as cotas constituem restrição à liberdade de expressão e à livre iniciativa. Essa posição vai de encontro com a concepção de liberdade de expressão em seu aspecto positivo de incentivo à diversidade de opiniões, à cultura nacional e democratização do setor, que é o objetivo que as cotas buscam atingir.

Apesar de os caminhos das discussões apontarem para a não implementação das cotas de conteúdo nacional, o debate foi aberto e sinalizada a necessidade de medidas concretas de incentivo à produção nacional tanto nos serviços de radiodifusão como nos demais serviços de comunicação social de massa.

As cotas de programação ainda são um assunto pouco debatido no ambiente acadêmico brasileiro, o que torna a discussão do assunto relegada muitas vezes a aspectos políticos.

Assim, não existe uma definição do que venha a ser cotas de conteúdo nacional ou regional, ou mesmo do que são finalidades culturais. A convergência de tecnologias tem exigido cada vez mais que este debate seja incluído nas pautas de discussão não apenas políticas, mas também acadêmicas.

Referências Bibliográficas

ANATEL. *Dados Estatísticos dos Serviços de TV por assinatura*. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=226408&assuntoPublicacao=Dados%20Estat%EDsticos%20dos%20Servi%E7os%20de%20TV%20por%20Assinatura%20-%20Cap.%20201%20-%2036.%AA%20Edi%E7%E3o&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=226408.pdf>. Acessado em: 03.05.2009

AMARAL, Rosa Maria Pinto. *Controle do Conteúdo da Programação Televisiva; Limites e Possibilidades*. Monografia de Final de Curso. Faculdade de Direito / UnB: 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARANHA, Márcio Iorio. *Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA)*. Tese de Doutorado em Estudos Comparados. Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas – CEPPAC / UNB, 2005.

BAR, François. SANDVIG, Christian. *Política de comunicações dos Estados Unidos pós-convergência*. Trad. GOMES, Daniel Augusto Vila-Nova. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**. V.1, n.1, p. 77-110. Brasília, 2009.

BARENDT, Eric. *The First Amendment and the Media*. In: BA LOVELAND, Ian. **Importing the First Amendment: Freedom of Speech and Expression in Britain, Europe and the USA**. p.29-50. Oxford: Hart Publishing, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição. Liberdade de expressão e classificação indicativa. Invalidez da imposição de horários para a exibição de programas televisivos*. In: **Revista de Direito do Estado**. Ano 3, nº 11. p. 337-370. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAVALCANTI, Themistocles. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª edição. São Paulo: Freitas Barros, 1964.

COSTA, Guilherme Ieno. *Administração e uso de espectro de radiofrequência no Brasil*. In: **Revista de Direito de Informação e Telecomunicações – RDIT**. Vol. I, nº1, p. 59-68, jul./dez. 2006, Belo Horizonte:

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUGUIT, Leon. *Transformations Du Droit Public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

DUGUIT, Leon. *Droit Constitutionnel*. Vol. 2. Paris: Ancienne Librairie Fontermoing & C, 1923.

DWORKIN, Ronald. *Takin Rights Seriously*. Harvard University Press, 1899.

ECO, Umberto. *Apocalípticos e Integrados*. São Paulo: Perspectiva, 1970.

EUA, *Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>. Acessado em: 21.05.2009.

EUA, Communications Act de 1934, disponível em: <http://www.fcc.gov/Reports/1934new.pdf>. Acessado em: 05.05.09

FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Trad. Sabino A. Gendin. Madrid: Editorial Labor S.A, 1933. p. 265.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1992/2007*. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas/exibedados.php?idnivel=BR&idserie=FED214. Acessado em 12.06.2009.

INSTITUTO DE ESTUDOS E PESQUISA EM COMUNICAÇÃO – EPCOM. *Quem são os donos*. In: Carta Capital, de 6 de março de 2002. Disponível em: http://donosdamidia.com.br/media/documentos/Proposta_Jornalistas.pdf . acessado em 08.05.2009

INTERVOZES. *No vale tudo, vende-se tudo*. In: Revista Concessões de Rádio e TV. 2007. Disponível em: http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=23. Acessado 07.07.2009.

GONÇALVES, Pedro. *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

HAJE, Lara. SAYONARA, Leal. *O debate acerca da convergência tecnológica no congresso nacional brasileiro: os movimentos pela consolidação da nova lei de TV por Assinatura*. Disponível em: http://www.compos.org.br/data/biblioteca_344.pdf. Acessado em: 31.07.2009.

HALLIN, Daniel. PAPATHANASSOPOULOS, Stylianos, “Political Clientelism and the Media: Southern Europe and Latin America in Comparative Perspective”. In: **Media, Culture and Society**. Londres, v. 24, n.º 2, 2002, p. 175-196.

HOBAlKA, Marcelo Bechara de Souza. *TV Digital: aspectos jurídicos do modelo brasileiro*. p. 107 In: Revista de Direito de Informação e Telecomunicações – RDIT. Vol. I, nº1, p. 105-124, jul./dez. 2006, Belo Horizonte

JÈZE, Gaston. *Los principios generales del derecho administrativo – La noción del servicio público*. Tradução para o espanhol: OVIEDO, Carlos Garcia. Madrid: Editorial Reus, 1928.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Paulo Emílio. PIERANTI, Octávio. *Políticas Públicas para as comunicações no Brasil: adequação tecnológica e liberdade de expressão*. Trabalho apresentado no Encontro de Administração Pública e Governança, realizado em São Paulo nos dias 22 a 24 de novembro de 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública e programação de TV*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 201, p. 45-56. Jul/set., 1995.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

OLIVEIRA, Artur Coimbra. *A unificação de licença para prestação de serviços de telecomunicações: pressupostos e questionamentos referentes à sua aplicação no Brasil*. Monografia de Final de Curso. Faculdade de Direito / Unb: 2006.

ONU, Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acessado em: 21.05.2009.

PIERANTI, Octavio. WIMMER, Miriam. *Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na*

regulamentação infraconstitucional. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XXXI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Natal, RN – 2 a 6 de setembro de 2008.

PIERANTI, Octavio. *Censura versus Regulação de Conteúdo*. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna. (Org.) **Democracia e Regulação dos meios de comunicação de massa**. p. 129-142. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

PORTAL IMPRENSA. Câmara remarca data de audiência sobre Conselho de Comunicação Social do Congresso. Disponível em: http://portalimprensa.uol.com.br/portal/ultimas_noticias/2009/06/15/imprensa28826.shtml Acessado em: 16.06.2009.

RAMOS, Murilo. *Crítica do ambiente político-regulatório da comunicação social eletrônica brasileira: fragmentação política e dispersão regulamentar*. In: CHAGAS, Claudia Maria. ROMÃO, José Eduardo Elias. LEAL, Sayonara. (Org.) **Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectivas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 60.

ROMÃO, José Eduardo Elias. *A nova Classificação Indicativa: construção democrática de um modelo*. In: CHAGAS, Claudia Maria. ROMÃO, José Eduardo Elias. LEAL, Sayonara. (Org.) **Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectivas**. p. 17-48. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

SERFERT, Tatiane Andrade. *Mais Definições em Trânsito: Exceção Cultural*. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/maisdefinicoes/EXCECAOCULTURAL.pdf>. Acessado em 30.07.2009

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005

SUNSTEIN, Cass. *Free Market and Social Justice*. Oxford University Press US, 1997.

THIEC, Yvon. *Da OMC à UNESCO – comércio, cultura e globalização: a posição defendida pela França..* In: BRANT, Leonardo (org). **Diversidade Cultural. Globalização e Culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas**. p. 149-158. São Paulo: Instituto Pensarte, 2005.

UNESCO, Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, 2001. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acessado em 29.07.2009.

VALENTE, Jonas C. L. *Produção regional na TV aberta brasileira: Um estudo em 11 capitais brasileiras*. In: Observatório do Direito à Comunicação. Março, 2009. Disponível em:

http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25. Acessado em: 06.07.2009.

WIMER, Miriam. *Os projetos de lei de comunicação de massa*. p. 6-7. In: Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, Vol. 2, n. 1, 2010. [Prelo].