



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

LOANA DE OLIVEIRA CAJU

**DIREITO À COMUNICAÇÃO NA ARGENTINA E NO BRASIL:
PRINCÍPIOS E TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DA *LEY DE MEDIOS* E DA LEI DE
IMPrensa**

**JOÃO PESSOA/PB
2014**

OONA DE OLIVEIRA CAJU

**DIREITO À COMUNICAÇÃO NA ARGENTINA E NO BRASIL:
PRINCÍPIOS E TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DA *LEY DE MEDIOS* E DA LEI DE
IMPrensa**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como parte dos requisitos para obtenção do título de mestra em Ciências Jurídicas, sob a orientação da Prof^a. Dr.^a Renata Ribeiro Rolim.

**JOÃO PESSOA/PB
2014**

C139d Caju, Oona de Oliveira.
Direito à comunicação na Argentina e no Brasil: princípios e técnica da ponderação no controle de constitucionalidade da Ley de Medios e da Lei de Imprensa / Oona de Oliveira Caju.- João Pessoa, 2014.
173f.
Orientadora: Renata Ribeiro Rolim
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ
1. Direito. 2. Direito à comunicação. 3. Ley de Medios.
4. Lei de Imprensa. 5. Ponderação de princípios. 6. Controle de constitucionalidade.

UFPB/BC

CDU: 34(043)

Oona de Oliveira Cajú

**DIREITO À COMUNICAÇÃO NA ARGENTINA E NO BRASIL: PRINCÍPIOS E
TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA
LEY DE MEDIOS E DA LEI DE IMPRENSA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como parte dos requisitos para obtenção do título de mestra em Ciências Jurídicas, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Renata Ribeiro Rolim.

Aprovada em: ____/____/2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Renata Ribeiro Rolim
Orientadora – CCJ/UFPB

Prof.^a Dr.^a Eliane Maria Octaviano
Examinadora externa - Unisantos

Prof.^a Dr.^a Lorena de Melo Freitas
Examinador interno – CCJ/UFPB

Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto
Examinador interno – CCJ/UFPB

Dedico a memória de meu pai, Orpheu Ferreira Caju, e meu avô, Afonso
Ferreira de Oliveira, que deixaram saudade.

AGRADECIMENTOS

No momento em que fui desafiada por este trabalho, uma rede de apoio e cuidado se formou ao meu redor. Amigos e amigas, orientadora e familiares “conspiraram” para que eu fosse capaz de realizar esta obra. A elas e eles, minha gratidão.

RESUMO

Os meios de comunicação social são instrumentos que exercem considerável influência nos campos político, econômico e cultural. A dimensão de sua importância demanda dos ordenamentos jurídicos a elaboração de regramentos que lhes atribuam papéis voltados ao interesse público. Ao mesmo tempo, os meios de comunicação são objeto de disputa entre os projetos políticos antagônicos na sociedade. Este trabalho procura contribuir com o debate jurídico sobre o direito à comunicação, especificamente em relação à regulamentação da atividade midiática. Partimos da análise comparativa entre as decisões da Corte Suprema de Justiça de la Nación Argentina (CSJN), que, em recurso extraordinário de ação declaratória de inconstitucionalidade, reconheceu a constitucionalidade da *Ley de Medios*, marco regulatório da comunicação audiovisual no país, e do Supremo Tribunal Federal (STF), que, na ADPF 130, declarou a não-recepção da Lei de Imprensa. Nas duas ações, foi possível perceber as influências conceituais, políticas e jurídicas que alcançaram prevalência em cada Corte. A CSJN, através da técnica da ponderação, confrontou os princípios dos direitos patrimoniais, alegados pelas empresas autoras da impugnação, e a liberdade de expressão coletiva, direito declarado como objetivo da *Ley de Medios*. A Corte argentina atribui maior peso à liberdade de expressão coletiva, evidenciando alinhamento aos princípios da *self reliance*, paradigma orientador do campo comunicacional. O STF, por sua vez, confrontando a liberdade de imprensa com os direitos de personalidade e a atividade regulamentar do Estado, conferiu prevalência à primeira. No entanto, a despeito da decisão majoritária pelo deferimento da ADPF 130, foram levantadas divergências relativas à fundamentação. O julgamento da ação gerou um vazio legislativo quanto ao exercício do direito de resposta, e avançou no processo de desregulamentação da atividade midiática, que faz parte da proposta do *free flow of information*, paradigma que traduz a ideia de livre mercado para o campo da comunicação social.

Palavras-chave: Direito à comunicação; *Ley de Medios*; Lei de Imprensa; Ponderação de Princípios; Controle de Constitucionalidade

ABSTRACT

The media are instruments that exert considerable influence on the political, economic and cultural fields. The dimension of its importance demands from legal systems specific regulations which give them a role towards public interest. At the same time, the media are an object of dispute between the society antagonistic political projects. This paper seeks to contribute to legal debate on the right to communication, specifically on media activity regulation. We start from the comparative analysis between decisions of the Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), that in special proceedings for declaratory action of unconstitutionality, recognized the constitutionality of Ley de Medios, regulatory framework for audiovisual communication in the country, and the Supremo Tribunal Federal (STF), which, in ADPF 130, declared the non- receipt of the Press Law. In both lawsuits, it was possible to realize the conceptual, political and legal influences that prevailed in each court. The CSJN, through the weighting technique, confronted the principles of property rights, alleged by the applicants of the contestation, and the collective freedom of speech, right declared as objective in the Ley de Medios. The Argentine Court assigns greater weight to collective freedom of speech, showing alignment to the principles of self reliance, guiding paradigm of communication field. The STF, by its turn, confronting the freedom of press to the personality rights and the State regulatory activity, gave prevalence to the first. However, despite the majority decision for ADPF 130's approval, disputes concerning the grounding were raised. The lawsuit trial created a legislative gap on the appliance of the right of reply, and forwarded the media activity deregulation process, which is part of the free flow of information proposal, paradigm that reflects the idea of free market to the media field.

Keywords: right to communication; Ley de Medios; Lei de Imprensa; principles weighting; constitutionality control

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL: ESTRUTURAÇÃO, PARADIGMAS E LUTAS.....	16
1.1 Linhas gerais e delineamento histórico da comunicação social: liberdades de expressão, de imprensa e direito à comunicação.....	16
1.2 Paradigmas fundamentais na comunicação: <i>free flow of information</i> e <i>self reliance</i>	22
1.2.1 Perspectiva liberal: elaborações clássicas, teoria libertária, teoria democrática e <i>free flow of information</i>	23
1.2.2 <i>Self reliance</i> : novos sujeitos e perspectiva transformadora na comunicação....	33
1.3 Organização do espaço midiático na Argentina e no Brasil.....	42
1.3.1 Organização do espaço midiático na Argentina: concentração privada e exclusão de sujeitos.....	43
1.3.2 Organização do espaço midiático no Brasil: fomento pela ditadura, domínio privado e coronelismo eletrônico.....	49
1.4 Movimentos contra-hegemônicos na comunicação: as lutas na Argentina e no Brasil.....	55
1.4.1 As lutas na Argentina: da resistência clandestina ao novo marco regulatório..	57
1.4.2 As lutas no Brasil: movimentos pela democratização da mídia e debates no espaço institucional.....	61
2 INFLUÊNCIAS TEÓRICAS NOS JULGAMENTOS: PRINCÍPIOS, TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E TÉCNICA DA PONDERAÇÃO COMO REFERENCIAIS HERMENÊUTICOS.....	71
2.1 Acerca da ideia de valor: um resgate prévio de elementos da jurisprudência dos valores.....	71
2.2 A razão prática na justificação do Direito: discurso jurídico como tipo especial de discurso prático.....	77
2.3 Princípios e regras: dimensões estrutural, de conflito, funcional e explicativa.....	83
2.3.1 Distinção estrutural entre regras e princípios.....	87
2.3.2 Características específicas dos conflitos entre princípios as limitações do método subsuntivo.....	90
2.3.3 Diferenciação funcional: princípios e regras como razões para a ação.....	92
2.3.4 Função explicativa das regras e dos princípios.....	96
2.4 Justificação e racionalidade: princípios como sínteses valorativas do ordenamento jurídico.....	97
2.5. Interpretação e aplicação de princípios: a técnica da ponderação.....	100
2.6 Princípios e valores: influências sobre o direito constitucional.....	103

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA <i>LEY DE MEDIOS</i> E DA LEI DE IMPRENSA: DISPUTA PRINCIPIOLÓGICA DOS PARADIGMAS DA COMUNICAÇÃO NA CSJN E NO STF	106
3.1 O controle de constitucionalidade da <i>Ley de Medios</i> na Corte Suprema de Justicia de la Nación	106
3.1.1 Grupos midiáticos e liberdades de expressão e imprensa: respeito à propriedade e liberdade de empresa	108
3.1.2 Defesa do Estado Nacional e da AFSCA: função social dos meios audiovisuais	112
3.1.3 Julgamento da CSJN: ponderação de princípios e prevalência da dimensão coletiva da liberdade de expressão	114
3.2 O controle de constitucionalidade da lei 5.250/67 na ADPF 130: vazio normativo e desregulamentação da atividade de imprensa	129
3.2.1 Impugnações do Partido Democrata Trabalhista (PDT): autoritarismo congênito e desregulamentação da liberdade de imprensa	129
3.2.2 Parecer da Advocacia Geral da União (AGU): abordagem técnica e procedência parcial das impugnações	134
3.2.3 Voto do ministro Carlos Ayres Britto: liberdade de imprensa como direito absoluto, impedimento de regulamentação estatal e procedência total do pedido	135
3.2.4 Votos destacados: controvérsias interpretativas	145
3.3 Cenários argentino e brasileiro após as decisões das Cortes no controle de constitucionalidade	150
3.3.1 Argentina: vigência integral da <i>Ley de Medios</i> e dificuldades em sua implementação	150
3.3.2 Brasil: ausência de parâmetros para decisões judiciais e desregulamentação da atividade de imprensa	154
CONCLUSÃO	160
REFERÊNCIAS	164

INTRODUÇÃO

A incorporação de tecnologias audiovisuais à comunicação social expandiu alcance e intensidade desse fenômeno. Os meios de comunicação são instrumentos de considerável importância nas dimensões política, econômica e cultural.

No campo político, são eles que direcionam o conteúdo e a forma do debate público. Atuando como *agenda setting*, a mídia define o que deve ser discutido, a abordagem e a importância atribuída aos assuntos, e determina o que é e o que não é notícia.

No campo econômico, a exploração dos meios de comunicação audiovisual constitui um dos negócios mais lucrativos do mundo. O setor foi o um dos poucos não atingidos pela crise financeira mundial de 2009. O volume de recursos manejado pelos grandes conglomerados midiáticos internacionais é maior do que o PIB de muitos países.

Em relação à cultura, os veículos audiovisuais proporcionam interações e trocas entre países e regiões de todo o planeta e auxiliaram na implantação do modelo cultural ocidental em quase todos os lugares. A padronização de costumes, gostos e modos de vida foi implementada especialmente através da televisão, cinema e rádio.

Em razão dessa influência, a regulamentação dos meios de comunicação audiovisuais é imprescindível para a sociedade, especialmente no tocante às formas de exploração e apropriação, assim como a delimitação de suas atividades diante de direitos individuais e coletivos. Entretanto, a comunicação é pouco estudada no campo jurídico, que não tem incorporado novos elementos referentes ao fenômeno comunicacional e sua dimensão de importância. Existem grandes dificuldades para se tratar do tema, pois valor estratégico do campo comunicacional gera disputas constantes entre projetos políticos antagônicos.

Por essa razão, procuramos contribuir com a matéria através desta pesquisa, que aborda o direito à comunicação na Argentina e no Brasil a partir da análise de duas ações constitucionais processadas nas Cortes Supremas de cada país.

O objeto deste trabalho é o confronto comparativo entre o julgamento da *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (CSJN) na Ação de

Inconstitucionalidade movida contra a lei 26.522¹ e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 (ADPF 130), proposta em face da lei 5.250/67².

A Ação de Inconstitucionalidade na Argentina foi promovida pelas corporações midiáticas Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Cablevisión S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. e Teledigital Cable S.A., que impugnaram os artigos 41, 45, 48, parágrafo primeiro, e 161 da *Ley de Medios*, novo marco regulatório dos serviços audiovisuais. O recurso extraordinário foi indeferido pela CSJN em 2013, e restabeleceu a vigência plena da norma.

Na ADPF 130, o Partido Trabalhista Brasileiro (PDT) demandou a declaração de não recepção da Lei de Imprensa, que estabelecia regramentos referentes à atividade de imprensa, censura oficial, responsabilidades dos veículos jornalísticos e exercício do direito de resposta. O STF decidiu pelo deferimento da ação, declarando a lei não-recepcionada.

Os dois processos judiciais refletiram disputas no campo da comunicação social, que se inserem num quadro geral comum à América Latina, e foram plasmadas pelas circunstâncias específicas de cada país.

A partir da confrontação entre ambas as decisões, procuramos conhecer e analisar os detalhes específicos dessas disputas na Argentina e no Brasil e as influências políticas e jurídicas predominantes em cada Corte. Além da dinâmica material do campo comunicacional nos dois países, interessa-nos particularmente conhecer as influências teóricas e a técnica de decisão judicial que orientaram os dois julgamentos.

Na Argentina, o momento reflete a incorporação do paradigma da *self reliance* à regulamentação dos meios de comunicação audiovisual. O princípio foi elaborado através das experiências de movimentos sociais e incorporado à proposta de uma Nova Ordem Mundial da Informação e da Comunicação (NOMIC), nos anos 1960, sendo especialmente incrementado pelos resultados do relatório MacBride, da ONU, sobre a comunicação no mundo. Define-se como proposta de democratização da comunicação global, com respeito às identidades culturais, desconcentração dos meios de produção e difusão da comunicação, sua utilização para fins de interesse público e promoção dos direitos humanos. Esses objetivos constam na *Ley de*

¹ Conhecida como *Ley de Medios*.

² Denominada Lei de Imprensa.

Medios, que estabeleceu novos parâmetros de exploração dos veículos audiovisuais e um novo regime de concessão e acumulação de licenças.

No Brasil, tem prevalecido a lógica do *free flow of information*. O paradigma nasceu na década de 1960, com o desenvolvimento da transmissão via satélite, defendido pelos EUA e demais países centrais como parâmetro para a estruturação das comunicações globais, e caracteriza-se principalmente pelas propostas de livre circulação de informações, desregulamentação e exploração econômica dos meios de comunicação. A decisão do STF pela não-recepção da Lei de Imprensa refletiu a influência exercida pelas demandas por desregulamentação da atividade de imprensa e do campo midiático como um todo, pautada por grandes grupos empresariais da comunicação.

A escolha do marco teórico, assim como do método, foi extraída das características das duas sentenças e dos fins propostos por este trabalho. Nesse sentido, optamos pelo método dedutivo como a melhor maneira para dar conta das questões que o objeto em análise impunha. Partimos dos paradigmas orientadores da comunicação, da teoria da decisão judicial e da técnica da ponderação para identificar os elementos conceituais e principiológicos presentes nas decisões.

Adotamos os procedimentos comparativo e hermenêutico, na interpretação dos julgamentos e confrontação das concepções que lhes são subjacentes. A técnica de pesquisa foi a bibliográfica, com consultas a livros, periódicos e sites na internet.

O capítulo 1 enfoca as questões pertinentes à gênese e ao desenvolvimento da comunicação social na Argentina e no Brasil, articulando-a com as respectivas regulações que, ao serem historicamente construídos pela disputa entre forças sociais e políticas, ajudaram a moldar o aspecto desse campo.

Dedicamos a seção 1.1 ao delineamento histórico das primeiras iniciativas de imprensa e manifestações pelo direito à liberdade de expressão no contexto revolucionário europeu do século XVIII, as elaborações teóricas clássicas sobre liberdade, até à conjuntura de comunicação global do século XXI. Apontamos como o processo de estruturação das redes de comunicação nos países e no mundo foi mediado pelo desenvolvimento, consolidação e internacionalização do modo de produção capitalista.

A partir do século XX, os campos geopolíticos contrapostos elaboraram dois paradigmas organizativos da atividade de comunicação, o *free flow of information*,

referenciado na liberdade de mercado e defendido especialmente pelos EUA, e a *self reliance*, que propõe uma concepção de comunicação integrada à autonomia e identidade cultural e nacional dos países, aos direitos humanos e à democracia. Dedicamos a seção 1.2 à discussão dos dois paradigmas.

Na seção 1.3, analisamos como se deu a estruturação do campo midiático na Argentina e no Brasil, com foco nos meios audiovisuais, a partir das forças sociais e políticas envolvidas na disputa da regulação do setor, consubstanciadas no Estado, no capital privado e entes sem fins lucrativos.

Na seção 1.4, tratamos do quadro de lutas e reivindicações pela democratização da comunicação nos dois países, especialmente a partir da abertura democrática, até a conjuntura em que as ações constitucionais foram interpostas, como traduções dos conflitos e disputas sociais para o âmbito jurídico.

Logo nas primeiras leituras dos dois julgamentos, foi possível identificar os referenciais teóricos e procedimentais adotados pelos julgadores, pelo que a melhor compreensão do conteúdo decisório demandou estudo voltado à teoria jurídica. As influências gerais percebidas nos processos de decisão das duas Cortes foram a jurisprudência da valoração, a ideia de princípios fundamentais e a teoria da argumentação jurídica na tomada de decisão judicial, sendo evidente no julgamento da CSJN a utilização da técnica da ponderação de princípios, nos termos elaborados por Robert Alexy. A ponderação foi levantada também nos debates ocorridos no STF, mas como argumento de contraposição à hermenêutica realizada no voto do relator.

Nesse passo, o segundo capítulo foi dedicado à descrição do conceito de princípios e da técnica de ponderação, conforme proposta por Alexy. Referenciado teoria do discurso habermasiana, o filósofo desenvolveu uma teoria normativa da argumentação jurídica, da qual derivou os postulados da ponderação para a solução de conflitos entre princípios. O preceito orientador da técnica é a proporcionalidade, conceito especialmente desenvolvido no âmbito da Corte Constitucional Alemã. As obras de Alexy referenciais no tema são Teoria da Argumentação Jurídica (2001) e Teoria dos Direitos Fundamentais (2011).

Na seção 2.1, delineamos as bases fundamentais do campo referencial da teoria da argumentação jurídica e da técnica ponderação, a partir das primeiras contribuições da jurisprudência dos valores até as elaborações contemporâneas sobre princípios no Direito.

Na seção 2.2, descrevemos os elementos e preceitos básicos argumentação jurídica. A teoria propõe que o discurso jurídico é um tipo especial de discurso prático e aduz ser possível conferir racionalidade às decisões judiciais a partir da observância de regras procedimentais.

Na seção 2.3, detalhamos os conceitos de princípios e regras, suas funções no ordenamento jurídico e principais diferenças. Esse tópico tem importância na medida em que a distinção entre os dois tipos normativos é a razão principal da ponderação, que se aplica quando uma interpretação ou decisão judicial envolve conflitos entre princípios, como ocorreu nos processos argentino e brasileiro.

Ao final na seção, descrevemos a técnica da ponderação como procedimento racional de interpretação e deliberação judicial, que busca, fundamentalmente, a proporcionalidade nas decisões. Analisamos as três etapas de sua realização, que se dão pela aferição da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida jurídica.

Na seção 2.4, reunimos algumas reflexões a respeito da associação entre princípios e valores e sua influência sobre a hermenêutica constitucional. Na maioria dos ordenamentos jurídicos atuais, as constituições reúnem os princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Na hermenêutica e aplicação de normas constitucionais predominam os conceitos valorativos e a técnica da ponderação. É o caso da Argentina e do Brasil. Especificamente nas decisões analisadas, a técnica da ponderação orientou a CSJN e, no STF, foi levantada como ponto divergente ao voto do relator.

No capítulo 3, nos debruçamos sobre o conteúdo dos julgamentos supracitados, inferindo os fundamentos jurídicos e políticos adotados nos respectivos processos decisórios e suas consequências no tocante ao campo da comunicação social em cada país.

A seção 3.1 analisa os argumentos das empresas autoras da ação de inconstitucionalidade contra os dispositivos da *Ley de Medios*, as defesas do Estado Nacional e da AFSCA e o voto-relatório da decisão, adotado em seus termos por seis dos sete ministros da CSJN. No exame, evidenciamos a presença das influências teóricas e políticas, estudadas nos dois capítulos antecedentes, sobre as razões e postulações das partes e, de forma minuciosa, sobre o julgamento, eminentemente orientado pela técnica da ponderação. No conflito principiológico-valorativo, a CSJN conferiu prevalência à liberdade de expressão coletiva e ao

princípio democrático, em detrimento dos direitos patrimoniais aduzidos pelas empresas demandantes.

Na seção 3.2, tivemos a mesma preocupação quanto ao processo do STF e, do mesmo modo, analisamos as alegações da autoria e as razões apresentadas pela Advocacia Geral da União (AGU). No que se refere à decisão, diferentemente do procedimento adotado na análise do processo argentino, foi necessário que levantássemos elementos de votos apartados. Escolhemos esse caminho porque, no julgamento brasileiro, mesmo com o assentimento majoritário dos membros da Corte ao dispositivo do voto do relator, alguns ministros aduziram argumentos e interpretações destoantes, que acrescentaram elementos de interesse para o objeto tratado neste trabalho.

O voto do relator adotou critérios valorativos, confrontando liberdades de expressão e imprensa com direitos individuais de personalidade e poder regulamentador do Estado. Entretanto, de forma diversa ao julgamento da CSJN, o voto afastou a ponderação, pois os direitos à liberdade de expressão e de imprensa foram tomados como absolutos. Essa interpretação foi contestada nos debates do julgamento e contraposta à técnica da ponderação. A questão subjacente, no entanto, residiu na desregulamentação da atividade midiática.

Na seção 3.3, chegamos às reflexões acerca dos efeitos provocados, em cada país, pelos resultados dos julgamentos das respectivas Cortes. Na Argentina, levantamos as potenciais transformações no campo da comunicação audiovisual que podem ser proporcionadas pela vigência plena da *Ley de Medios*. Abordamos ainda as críticas ao modo como o governo tem implementado a norma, aquém das expectativas projetadas em sua aprovação, bem como algumas práticas de burla ao novo regime de acumulação e exploração dos meios audiovisuais.

No Brasil, o afastamento da Lei de Imprensa provocou o que se habituou chamar de “vácuo legislativo” quanto à solução de conflitos entre o exercício da atividade de imprensa e os direitos à honra, à imagem e à vida privada. A ausência de norma específica para o exercício do direito de resposta tem dado ensejo a decisões judiciais diversas, sem parâmetro de unificação e, em geral, os resultados tem se voltado contra o exercício independente da atividade de imprensa, especialmente de jornalistas independentes do espaço virtual.

O afastamento da Lei de Imprensa teve valor muito mais simbólico, pois já não se conferia aplicação a seus dispositivos repressivos. O principal efeito do julgamento foi o avanço em direção à desregulação da atividade midiática.

Com as reflexões deste trabalho, desejamos avançar na compreensão do direito à comunicação e apontar elementos importantes para uma regulação democrática do tema.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL: ESTRUTURAÇÃO, PARADIGMAS E LUTAS

O objetivo de analisar as decisões argentina e brasileira, no controle de constitucionalidade da *Ley de Medios* e da Lei de imprensa, normas que abordam a temática da comunicação social, demanda duas tarefas prévias. Primeiramente, é preciso compreender as linhas gerais pelas quais se desenvolveu e organizou o fenômeno da comunicação social e as condições específicas que conformaram o campo comunicacional dos dois países, especialmente no tocante aos meios audiovisuais. Dessa forma, é possível conhecer o contexto em que cada decisão foi prolatada.

Iniciamos o capítulo 1, portanto, pela delimitação do processo histórico, dos principais processos materiais e influências teóricas sobre o campo da comunicação social.

1.1 Linhas gerais e delineamento histórico da comunicação social: liberdades de expressão, de imprensa e direito à comunicação

Nos séculos XVI e XVII, a expansão da atividade mercantil exigiu o desenvolvimento de um sistema de comunicação capaz de transmitir as informações fundamentais para o mercado (VÁZQUEZ, 1997). A imprensa surgiu como atividade artesanal, difusora das notícias e dados que auxiliavam o funcionamento do comércio e foi um dos elementos essenciais ao seu crescimento.

As primeiras reivindicações pelo direito à liberdade de expressão remontam ao século XVIII, momento em que novas bases materiais de produção se consolidavam na Europa Ocidental. Transcorria a fase final do capitalismo comercial e consolidação do modo de produção capitalista. Em paralelo a tais mudanças estruturais, o modelo político e as forças hegemônicas na sociedade se encontravam em transição. O Estado Absolutista estava em decadência, configurando-se as condições para o surgimento do Estado Liberal.

A demanda por liberdades de pensamento, manifestação e fala despontou através dos movimentos de contestação ao Antigo Regime, que se multiplicaram em

meados do século XVIII. A imprensa, ainda incipiente, tornara-se o principal veículo de comunicação e foi modelada pela transformação das relações materiais que se operava.

A burguesia ascendia como proprietária dos meios de produção e reivindicava a direção política da sociedade. A imprensa atuou como canal de organização da classe, mobilização e convencimento de outras categorias sociais contestatórias do regime (ROLIM, 2011, p. 25). Principalmente através de panfletos, dava repercussão às sínteses políticas, debates e produção intelectual burguesa.

A reação estatal consistiu em repressão e censura, o que levou à proliferação de jornais e tipografias clandestinas, prisões e condenações à morte (TERROU, 1970, p. 15). No contexto revolucionário, a exigência das liberdades de pensamento e expressão foi incorporada às reivindicações dos movimentos contestatórios. Para o pensamento jusnaturalista, em voga à época, qualquer cidadão tinha o direito natural e inalienável de se manifestar livremente, sem ser molestado pelos poderes constituídos.

A vitória das revoluções burguesas e ascensão da nova classe hegemônica reformularam o paradigma político-jurídico, expresso nas declarações de direitos³, bases para a subsequente produção normativa ocidental. Muitos países incorporaram as liberdades de expressão e pensamento às respectivas Constituições, leis e codificações. Entretanto, a positivação não foi suficiente para a efetiva garantia da livre expressão do pensamento. A burguesia, atingindo seus objetivos com a derrocada do regime feudal, transformou-se na classe da ordem e, com a superação do contexto revolucionário, a nova ordem demandava estabilização.

No século XIX, a comunicação social transformara-se num fenômeno amplo, que superdimensionava informações, debates, opiniões e reproduzia ideias e sínteses representativas. Isso se deu, em grande parte, devido à incorporação de avanços tecnológicos, que permitiram a expansão da imprensa. Fazia-se necessário direcionar o conceito e usufruto do direito à livre expressão do pensamento aos interesses da ordem e a imprensa assumiu novos papéis no modo de produção capitalista. Por um lado, o de potencializar o mercado, por meio da publicidade e

³ A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi a síntese jurídica do discurso da burguesia revolucionária francesa e reconhece a liberdade de expressão no artigo 11. A Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, contexto da independência dos EUA, reconhece a liberdade de imprensa no artigo 14.

divulgação de notícias. Por outro, consolidar e expandir a nova racionalidade social, expressando padrões, ideias, opiniões e conceitos que reproduziam o pensamento da classe hegemônica⁴. Por fim, o campo da comunicação tornou-se objeto de exploração capitalista, um negócio lucrativo que tem como mercadorias as notícias e os espaços publicitários.

O período também foi caracterizado pela restrição do acesso às tecnologias de impressão e difusão às organizações políticas dos trabalhadores. Órgãos de imprensa operária surgidos na época com o crescimento da classe, que adotavam uma linha editorial de crítica social, denúncia, mobilização política e contestação da ordem, foram duramente perseguidos pelo Estado, mesmo sob a vigência da positivação do direito à liberdade de expressão (ROLIM, 2011, p. 39). A propriedade dos meios de comunicação tornou-se mais concentrada, como ocorreu com outros ramos da atividade econômica. Os veículos de imprensa organizaram-se em empresas e os que puderam arcar com os custos de maquinário e se inserir na nova dinâmica da atividade conseguiram manter-se no mercado. Até hoje, o recurso financeiro é o principal critério para abertura e manutenção da atividade jornalística.

As novas relações produtivas redesenharam os sujeitos na comunicação. O público deixou de ser uma classe ou categoria social, para ser tratado como indivíduo destituído de laços sociais. O “cidadão”⁵ abstrato torna-se o destinatário das notícias difundidas pela imprensa. Esta, por sua vez, tem a pretensão de ser

⁴ CZERMAK e SILVA (*apud* GUARESCHI, 2001, p. 46) concebem a subjetividade como um elemento produzido socialmente, que pode ser criada a partir de uma “modelização”. A transmissão padronizada de ideias, comportamentos, pensamentos, imagens, opiniões é um recurso para a criação da subjetividade coletiva. A conformação de subjetividade é um elemento fundamental para a consolidação do poder de uma classe e expansão do capitalismo. GUARESCHI (2001), a respeito das representações sociais difundidas pelos veículos de comunicação, afirma que a comunicação organizada é seletiva e a sua transmissão apresenta uma determinada identidade para grupos, países, indivíduos, ponto de vista que, na maioria das vezes, é assimilado como sendo a realidade sobre esses grupos, países, indivíduos. Podemos perceber a referência de Gramsci nos autores mencionados. Para o filósofo italiano, a dominação da classe hegemônica, na fase moderna do capitalismo, se estabelece mais pela produção de “consenso” do que pela coerção. A produção do consenso inclui, dentre outras medidas, a reprodução da racionalidade dominante e a comunicação pública é o principal instrumento desse processo.

⁵ Em A Questão Judaica, Marx, ao criticar os limites da emancipação política, denunciava a apartação entre os direitos do “homem” e do “cidadão”, promovidos pela Delcaração Francesa: “toda emancipação política é a redução do homem, por um lado, a membro da sociedade civil, a indivíduo egoísta independente; por outro, a cidadão, a pessoa moral” (MARX, 2009, p.71), sendo que “[...] a cidadania de Estado rebaixa mesmo a *comunidade política* dos emancipados políticos a mero *meio* para a conservação desses chamados direitos do homem; que, portanto, declara o *citoyen* servidor do *homme* egoísta; [que] degrada a esfera em que ele se comporta como ser genérico à esfera em que ele se comorta como ser parcelar; [que], finalmente, não [é] o homem como *citoyen*, mas o homem como *bourgeois* [que] é tomado por homem *verdadeiro* e *propriamente dito*” (MARX, 2006, p.66)

uma instituição neutra, imparcial, com a missão de dar publicidade aos fatos que considera relevantes na sociedade. Nesse contexto, a atividade de produzir e veicular conteúdos já tinha forma e finalidades eminentemente empresariais. O uso da palavra pública fora desse formato continuou a ser alvo de repressão e censura. A liberdade de expressão e pensamento só teve lugar para uma camada da sociedade e um tipo específico de funcionalidade.

O custo da atividade de imprensa aumentou consideravelmente e já não podia mais ser financiado apenas pela venda avulsa ou assinaturas. Daí que periódicos passaram a vender espaços para anunciantes e a publicidade passa a ser a principal fonte de financiamento, o que vai modificar a própria orientação editorial, de público e notícias. Esses elementos serão modelados em função da publicidade⁶ (HABERMAS, 1984). O valor atribuído ao veículo baseava-se no diâmetro de consumidores de informação atingidos e influenciados. O uso publicitário dos espaços de jornais e a busca por mercados consumidores somaram-se à função de reproduzir a racionalidade hegemônica.

O pensamento liberal clássico forneceu as bases do direito positivo aplicado à comunicação pública. O conceito de liberdade de expressão e informação adotado na teoria e prática jurídicas resumia-se à prerrogativa de produzir, emitir, receber informações e explorar o potencial econômico da atividade, sem interferências do Estado ou de terceiros. Ao mesmo tempo, o ambiente do debate público era reconhecido como o novo campo das disputas sociais. No Estado Liberal Direito, a solução dos conflitos deveria ser obtida sempre por meio da confrontação de razões num espaço “neutro”⁷.

A produção e difusão de informações foi equiparada a uma instância livre de trocas, cuja excelência ou otimização seria atingida pelo fluxo desembaraçado dos conteúdos produzidos. Essa concepção não levava em conta a magnitude da influência nem o potencial de intervenção de cada sujeito na instância

⁶ A privatização da esfera pública de que trata Habermas (1984) pode ser vista como manifestação específica do fenômeno que denomina “colonização do mundo da vida pelos sistemas”, causado pela adoção da razão instrumental no espaço que deveria ser guiado pela razão comunicativa, do que resulta a prevalência de interesses econômicos e ligados ao poder político sobre as decisões vinculantes da sociedade. No caso dos meios de comunicação, tornam-se veículos a serviço dos seus proprietários e do poder dominante, e não do debate público.

⁷ Para Habermas (1984), o espaço dos debates públicos é uma instância legitimadora, pois nele se poderia atingir o consenso e chegar racionalmente às decisões vinculantes na sociedade, desde que observadas determinadas regras do discurso, garantidoras de condições mínimas para o uso da razão comunicativa.

comunicacional. Todos eram “iguais” na esfera pública de debates, independentemente de serem donos de veículos ou meros consumidores de notícias.

O auge dessa conformação foi atingido no século XX, com o crescimento exponencial da exploração econômica da atividade comunicacional, resultante do desenvolvimento de novas tecnologias, como rádio, cinema e televisão. As relações materiais de produção de conteúdos e a expansão do alcance dos veículos provocaram o surgimento dos chamados meios de comunicação de massa⁸. Sua influência nos debates públicos foi incisiva, especialmente por meio da atividade jornalística, e nesse momento se aprimorou a ideia de imprensa como “quarto poder”, postulada desde o século XVIII. Assim considera Pascual Serrano:

No período da Revolução Francesa, o termo “quarto poder” foi cunhado para se referir aos meios de comunicação. Essa denominação sugeria que a mídia passaria a ser o poder dos cidadãos que vigiaria os outros três: Executivo, Legislativo e Judiciário. (2013, p. 72).

A imprensa teria a missão de representar a “opinião pública” na fiscalização dos poderes e ações do Estado, incrementando o debate público e munindo os cidadãos de informações tidas como valiosas.

A despeito do avanço tecnológico e expansão dos veículos de mídia observados no período, não se pode perder de vista que esses fatores sozinhos não determinam o aumento da participação na comunicação. De acordo com Magnus Enzensberger:

A evolução de um simples meio de distribuição para um meio de comunicação não é um mero problema técnico. Ela é evitada conscientemente, por boas ou más razões políticas. A diferenciação técnica entre emissor e receptor reflete-se na divisão de trabalho entre produtores e consumidores da sociedade; esse mecanismo adquire intenso contorno político na indústria da consciência. Em última análise, essa evolução reside na contradição básica entre classes dominantes e dominadas (de um lado, o capital monopolista ou a burocracia monopolista e, de outro, as massas dependentes (ENZENSBERGER, 2003, p. 17).

⁸ O conceito de meios de comunicação de massa refere-se aos veículos capazes de emitir o mesmo conteúdo para um público indiferenciado, de forma centralizada. Este foi o modelo que predominou no início da exploração do rádio e da televisão.

A partir dessa afirmação, questiona-se a ideia liberal de que apenas a expansão das possibilidades de difusão e o fluxo desembaraçado de conteúdos sejam os pré-requisitos para a criação de uma esfera pública dialógica, capaz de comportar todos os indivíduos e questões relevantes na sociedade.

Os veículos de comunicação não são ferramentas neutras instrumentalizadas pelo debate público. A organização dos meios e espaços comunicativos é moldada conforme os interesses de quem detém sua propriedade e domínio, o que gera duas consequências fundamentais. A primeira é que a abordagem dos assuntos que repercutem socialmente, sejam jornalísticos, culturais ou de entretenimento, está submetida aos interesses de quem é proprietário e financia os meios. A segunda trata-se da capacidade da mídia de elaborar as pautas que devem repercutir na sociedade, denominada função de *agenda setting*⁹.

A ideia de *agenda setting* evidencia que não é o diálogo entre os cidadãos que estabelece os assuntos relevantes a serem abordados pelos veículos de comunicação. Ao contrário, os veículos criam a agenda de debates e lhe confere repercussão social. Eles não noticiam e opinam sobre o que os sujeitos sociais vivem e como pensam, mas dizem o que deve ter repercussão em suas vidas e seu pensamento, sempre aparentando o contrário¹⁰. Fábio Konder Comparato sustenta que:

O verdadeiro espaço público de deliberação política passou a ser, assim, aquele oferecido pelos veículos de comunicação de massa. São eles – *rectius*, os seus controladores – que decidem sobre a divulgação ou não das questões discutidas e votadas no Parlamento. São eles que, de fato, propõem à discussão parlamentar grande número de questões, tornadas em seguida objeto de comissões parlamentares de inquérito, ou de projetos de lei. [...] de resto, o debate público é sempre falseado, pois são os órgãos de comunicação, não os cidadãos, que propõem as grandes questões políticas ou econômicas a serem discutidas – a agenda, como dizem

⁹ A *agenda-setting theory*, elabora por Donald Shaw e Maxwell McCombs, na década de 1970, postula a hipótese de que os meios de comunicação determinam as pautas que serão tratadas pela opinião pública. A preferência, ofuscamento ou omissão em relação a determinados temas, o modo de seu enfoque, entre outros atos, determinariam o conteúdo e a forma do que as pessoas iriam debater em seus espaços de convivência. O agendamento seria operado por ações como *gatekeeping*, ou seleção dos conteúdos; *priming* ou enfoque de assuntos em detrimento de outros; *framing*, que constitui a adoção de formas que conduzam a interpretações pretendidas pelo emissor; e *time-lag*, o intervalo entre os acontecimentos e a difusão das notícias (WOLF, 1985, p. 144/147).

¹⁰ Trata-se de função fundamental que os meios de comunicação exercem no sistema capitalista. No tocante ao mercado, criam artificialmente necessidades de consumo. No aspecto ideológico, apresentam formas de pensar e opiniões como se fossem “a opinião pública”.

os norte-americanos. E a discussão nunca se faz pelo povo, mas sim perante o povo [...] (COMPARATO, 2000, p. 11-12).

Essa limitação do debate público não pode ser desatrelada das relações de propriedade dos meios de comunicação e produção de conteúdos.

O Direito tem assimilado as transformações de maneira lenta. Os padrões normativos e hermenêuticos da liberdade individual de expressão, elaborados no período da Revolução Francesa, ainda são utilizados na normatização. Nesse aspecto específico, desconsidera-se que os meios de comunicação são organizados como empresas que perseguem finalidades de lucro (MATTELART; MATTELART, 1981). Contraditoriamente, a produção de leis de fomento foi bastante condizente com o perfil empresarial dessa atividade.

O campo comunicacional, na fase atual de desenvolvimento da sociedade moderna, extrapolou as primeiras feições do seu estágio inicial. O controle dos meios e a hegemonia no debate público têm sido disputados entre diversas forças sociais e suas expressões políticas. Dois princípios básicos representam a síntese desse conflito e configuram as propostas de campos sociais opostos para o regramento da comunicação. O *free flow of information* e a *self reliance* são dois paradigmas contrapostos que oferecem diretrizes reguladoras para o uso e apropriação dos meios de comunicação.

Os dois tópicos seguintes são dedicados à análise dos dois princípios supracitados e darão enfoque ao contexto de seu surgimento, aos conceitos que elaboram e às respectivas propostas de organização do campo comunicacional.

1.2 Paradigmas fundamentais na comunicação: free flow of information e self reliance

As relações consolidadas na atividade de imprensa eram essencialmente diferentes da primeira forma assumida nos séculos XVII e XVIII. A propriedade dos meios de impressão e difusão tornara-se mais restrita, a manutenção era muito mais custosa e as notícias e conteúdos adquiriram a conotação de mercadorias. Nesta conjuntura, liberdade de imprensa se traduzia em liberdade de empresa, as notícias e demais conteúdos dos jornais eram mercadorias e o direito à livre expressão do

pensamento tornou-se sinônimo da produção, oferta e circulação sem embaraços dessas mercadorias.

1.2.1 Perspectiva liberal: elaborações clássicas, teoria libertária, teoria democrática e *free flow of information*

A imprensa teve um papel fundamental no combate ao regime absolutista e se projetou como atividade revolucionária no contexto de transição político-social. A repressão dirigida a essa atividade fez surgirem reivindicações pela livre expressão do pensamento. Os documentos de refundação¹¹ do Estado proclamados pela classe burguesa – constituições e declarações de direitos – consagraram a liberdade de expressão como direito fundamental, inerente à natureza humana.

O entendimento subjacente a esses marcos partia da contraposição entre indivíduo, sujeito livre detentor de direitos naturais inalienáveis, e Estado, repressor e inimigo dessas prerrogativas. Nesse esteio, o pensamento jurídico da época conceituava o direito à liberdade de expressão como a garantia individual para divulgar o pensamento, livre de perseguições e censura. O principal antagonista desse direito seria o Estado, ofensor sistemático das liberdades. Essa construção jurídica é conseqüência do paradigma liberal (AMORIM; GUMARÃES, 2013, p. 17-54), cujos referenciais clássicos, na teorização das liberdades de expressão e imprensa, foram John Milton, John Stuart Mill e Thomas Paine.

O panfleto de John Milton, *Aeropagítica*, de 1666, é situado como a primeira manifestação em favor da liberdade de imprensa. Para aproximação mais fidedigna dos fatos históricos, é cabível uma breve ressalva. Conforme Venício de Lima (2010, p.22/23), o discurso de Milton no Parlamento Inglês consistiu numa primeira defesa do direito natural do indivíduo de expor suas ideias sem restrições externas.

Milton defendia que o indivíduo pudesse dispor livremente de qualquer meio de expressão do pensamento e tratou especificamente dos meios impressos, opondo-se diretamente à censura da Inquisição católica. O equívoco recorrente nas

¹¹ Bobbio (1995) aponta divergências sobre a existência ou não do Estado antes das revoluções burguesas; os que defendem a tese da descontinuidade arguem que tais revoluções redundaram em uma formação política completamente distinta das predecessoras; os que defendem a continuidade argumentam a reconfiguração do aparato político em função das mudanças estruturais daquele momento histórico.

referências ao discurso consiste em atribuir-se ao conteúdo de *Aeropagítica* a defesa da liberdade de imprensa, quando, na verdade, não existia imprensa organizada na Inglaterra do século XVII. O *Aeropagítica* defendeu a liberdade de impressão sem licenciamento ou entraves de qualquer espécie, sendo uma das primeiras manifestações contra a censura prévia.

As elaborações de John Stuart Mill (2001) são o principal referencial da acepção de liberdade de expressão como direito individual, atrelado à prerrogativa de autoafirmação e autorrealização do sujeito. Mill situou a livre expressão entre as três dimensões centrais que postulou para a liberdade individual, que foram o livre pensamento e a livre expressão, o direito de definir o próprio estilo de vida e o direito de livre associação. As formulações do filósofo inglês contrapõem a autonomia individual aos perigos constantes do autoritarismo ou paternalismo dos governos e à interferência da coletividade, que chamou de “tirania da maioria”.

Para Mill, que se inseria na corrente utilitarista do liberalismo, a liberdade guarda relação positiva com a expansão dos interesses autônomos dos indivíduos. Sua delimitação está atrelada à contenção do campo de interferência do Estado que, juntamente com as leis e a opinião pública, é visto como ameaça potencial à liberdade e à esfera de autonomia e interesses do indivíduo. O filósofo propôs o preceito do “dano intencional a terceiro” como parâmetro de controle da interferência estatal nas esferas de liberdade (GUIMARÃES; AMORIM, 2013, p. 29).

No contexto do século XIX, Mill (2001) associou a liberdade de expressão à liberdade de imprensa e transferiu para a esfera de manifestação pública os mesmos preceitos de proteção à esfera individual. A garantia da liberdade frente ao Estado demandava o estabelecimento de mecanismos de contenção de poder e a liberdade de imprensa foi associada à necessidade de controle dos governos.

O filósofo preocupou-se ainda com a influência opressiva que a coletividade poderia exercer sobre a esfera de autonomia individual. Observou que o padrão das relações sociais era cada vez mais uniformizado, determinado por “costumes” e pela opinião de uma massa amorfa e “medíocre”. O avanço da “opinião pública” sobre o desenvolvimento individual representaria, assim como o poder oficial, um perigo de opressão e perda da identidade própria. Manifestou-se:

Nos dias de hoje, os indivíduos estão perdidos na multidão. Em política, é quase uma trivialidade dizer que agora a opinião pública

governa o mundo. O único poder que merece esse nome é o das massas e o dos governos, que constituem o órgão das tendências e instinto das massas. Isso vale tanto para as relações morais e sociais da vida privadas, como para as transações públicas. (MILL, 2001, p. 101).

As formulações de Mill formaram a base teórica acerca das liberdades de expressão e de imprensa e a releitura dos seus preceitos comporta as disputas no campo do paradigma liberal, entre as visões libertárias (ou libertarianas), democráticas e teorias híbridas. A definição do campo de legitimidade e do grau permitido à interferência governamental, bem como suas formas de atuação, passaram a ser objeto permanente de disputa na democracia estadunidense, particularmente na jurisprudência da Suprema Corte. O que orienta esse âmbito de debates é principalmente a postulação milliana do “não dano a terceiros”. (GIMARÃES; AMORIM, p. 63/64).

Thomas Paine, por sua vez, contribuiu nas reivindicações por liberdade de imprensa. Paine associou às demandas contra intervenções autoritárias as exigências de responsabilidade e credibilidade dos veículos jornalísticos. Essa postura foi expressa por diversas vezes, nas ocasiões de enfrentamentos travados contra jornais federalistas nos EUA. Em artigo de 1806, Paine expressou:

A imprensa, que é uma língua para os olhos, foi, então colocada exatamente na situação da língua humana. Um homem não demanda liberdade antecipadamente para falar algo que ele tem a dizer, mas ele se torna responsável depois pelas atrocidades que ele pode ter dito. Da mesma forma, se um homem faz a imprensa dizer coisas atroz, ele se torna tão responsável por elas como se ele as tivesse dito pela boca. (PAINE, 2010, p. 41)

A influência de Paine, especialmente no pensamento estadunidense, conferiu bases para demandas por reparações, direitos de respostas e punições por abusos dos veículos de imprensa.

A despeito da profundidade das contribuições filosóficas clássicas sobre as liberdades de expressão e imprensa, no campo jurídico, essas prerrogativas permaneceram restritas ao reconhecimento formal e vieram repercutir nas instâncias

oficiais e provocar novos regramentos apenas quando a imprensa já havia assumido a forma de organização pautada pela lógica empresarial, no final do século XIX¹².

As normas elaboradas para o setor da imprensa voltavam-se ao fomento da atividade empresarial, já concentrada nas mãos de grupos econômicos. A noção de liberdade de pensamento e expressão como elemento indissociável da personalidade e da dignidade humana teve pouca relevância na estruturação do regime jurídico do setor. Contraditoriamente, sempre foi usada como justificativa para a atuação dos sujeitos empresariais. Essa instrumentalização do discurso da liberdade para resguardar interesses econômicos pode ser observada no exemplo descrito por Owen Fiss (2005, p. 117), em *A Ironia da Liberdade de Expressão*:

No caso *Miami Herald*, um sindicalista concorrendo ao Poder Legislativo da Flórida pretendia responder a um editorial maldoso no jornal líder da cidade e era autorizado a fazê-lo pela lei estadual. A decisão da [Suprema] Corte repelindo o sindicalista e derrubando a lei foi apresentada como necessária para proteger a autonomia dos editores para decidir o que publicar e como.

A decisão da Suprema Corte dos EUA baseou-se numa interpretação ortodoxa da Primeira Emenda¹³ da Constituição do EUA, onde estão consagradas as liberdades individuais.

Outro caso analisado pelo autor é *Pacific Gás & Eletric Co. v. Public Utilities Commission*. Não envolve um órgão de imprensa, mas é bastante emblemático de como a clássica acepção liberal de liberdade apoia a defesa de interesses econômicos. Prossegue Fiss¹⁴ (2005, p. 119):

No caso em questão, *Pacific Gás & Eletric Co. v. Public Utilities Commission*, a comissão regulatória da Califórnia requereu que a companhia elétrica permitisse a um grupo de cidadãos que monitorava o processo de revisão tarifária usar o chamado espaço

¹² Na França, apenas em 1881 os delitos de opinião por críticas ao governo foram abolidos (TERROU, 1970, p. 44). No Brasil, durante o século XIX, a censura prévia, especialmente eclesiástica, foi extremamente rígida (ROLIM, 2011, p. 30).

¹³ Na íntegra, em tradução de Gustavo Binengojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto: “O Congresso não editará leis estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o livre exercício religioso; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao governo para reparação de danos” (FISS, 2005, p. 20).

¹⁴ Ao apresentar esses exemplos, não queremos dizer que Fiss os analisa no mesmo sentido deste trabalho. O autor estadunidense critica as duas decisões da Suprema Corte, mas por motivos diversos. Ele aceita que as alegações apresentadas por *Miami Herald* e *Pacific Gás & Eletric Co.* realmente tinham fundamento na liberdade de expressão, mas reconhece a necessidade de ponderar essas prerrogativas com outros direitos em jogo (FISS, 2005, pp. 117/134).

extra do envelope de cobrança da companhia para alcançar o público. O “espaço extra” era o espaço no envelope que poderia acomodar uma inserção sem aumentar a tarifa de postagem. (...) Ao derrubar a regulação, a Corte não disputou a necessidade da informação do grupo de cidadãos, nem duvidou do valor do propósito da regulação, mas considerou que a Primeira Emenda, como princípio, proibiu o Estado de requerer que a companhia elétrica carregasse no seu envelope de cobrança uma mensagem que a companhia considerasse ofensiva ou odiosa ou com a qual discordasse.

Embora não houvesse custo para a empresa e estivesse em jogo um interesse público, a inserção dos comunicados da referida comissão pública foi repudiada pela Corte.

Depreende-se que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, no direito positivo, voltaram-se à proteção dos proprietários (ROLIM, 2011, p. 40). Como qualquer outra atividade empresarial, o estatuto jurídico da imprensa tem esteio na livre circulação de mercadorias e capital. O preceito fundamental dessa corrente é, portanto, a não interferência estatal ou de terceiros.

Qualquer ação regulatória do Estado que pudesse ferir o livre mercado da comunicação seria rechaçada no meio jurídico e submetida ao controle judicial. Especialmente nos EUA, a visão ortodoxa da não intervenção ditou a jurisprudência por muito tempo.

Mas no campo do pensamento liberal existem divergências a respeito de até onde o Estado poderia atuar sem afetar as liberdades de expressão e de imprensa. Duas correntes fundamentais se dividem quanto à aceitação de algum tipo de regulação e interferência estatal no âmbito desses direitos. Essa disputa é travada especialmente no contexto estadunidense e, para delimitá-la, adotamos as considerações de Owen Fiss, em razão da clareza com que desvela as principais questões do embate teórico e judicial.

A primeira, denominada teoria libertária, é “centrada na figura do autor da mensagem” (FISS, 2005, p. 5) e defende que a esfera de autonomia privada de quem realiza atividade expressiva de ideias não pode sofrer qualquer interferência. A liberdade e a plenitude da personalidade são prerrogativas de fruição individual incompatíveis com interposições ou mediações. Nesse sentido, apenas normas de dimensão defensiva poderiam ser validamente criadas e a postura negativa do Estado e de terceiros seriam condição suficiente para a fruição plena da liberdade. Nos EUA, essa conjectura confere embasamento teórico à interpretação literal da

Primeira Emenda, adotada por muitos juízes. Tal hermenêutica firma a proibição de se produzir qualquer lei restritiva da liberdade de expressão¹⁵.

A teoria democrática, por sua vez, “coloca a figura do destinatário da mensagem no centro de gravidade das liberdades de expressão e imprensa” (FISS, 2005, p. 6). A liberdade de expressão, tomada como instrumento do autogoverno coletivo, deve garantir um debate público qualificado. É crucial para esta teoria a ideia de democracia deliberativa.

De acordo com Joaquim Gomes Canotilho (2010, p. 182), a democracia deliberativa como regime de autodeterminação organizativa dos cidadãos, opera-se por meio de uma racionalidade discursiva e pretende adquirir legitimidade através do consenso. A realização de escolhas democráticas exige que se atendam os pré-requisitos do procedimento de tomada pública de decisão. Entre eles está a qualidade dos debates públicos, que só pode ser atingida quando os cidadãos tem acesso a todas as visões, ideias e argumentos relevantes para as questões de interesse geral.

Se a multiplicidade de sujeitos e pontos de vista existentes no contexto social não for observada, a democracia restará comprometida. O procedimento democrático, portanto, é indissociável do pluralismo, no sentido de que todas as representações sociais devem ter acesso à esfera pública de debates. A ideia representativa desse pluralismo é o “mercado de ideias”.

Nesse esteio, a teoria democrática considera que, quando a esfera pública de debates não incorpora todas as razões relevantes ou quando sujeitos e grupos tem dificuldade de acesso, o princípio democrático não é realizado.

Fiss (2005) e outros teóricos da vertente democrática, como Alexander Meiklejohn (1960), Robert Bork (1971) e Willian Brennan (1990), reconhecem que o mercado de ideias pode conter distorções que produzem um efeito silenciador do discurso. Tais distorções são causadas quando o processo de debates e escolhas públicas sofre a interferência de fatores externos à racionalidade discursiva, como a concentração de veículos, o poder econômico, os discursos de ódio e a dificuldade de acesso ao espaço da comunicação. Se a prevalência de uma ou poucas vozes for determinada por qualquer fator dessa natureza, a racionalidade do procedimento democrático é transgredida.

¹⁵ Com será visto, o ministro Ayres Britto, no julgamento da ADPF 130, utilizou de argumentação semelhante.

Nesses casos, o Estado poderia atuar para ampliar a participação dos cidadãos, conferir acesso a pessoas e grupos e eliminar barreiras, promovendo a diversificação do debate. Fiss analisa que a democracia permite que as pessoas escolham a forma de vida que desejam viver e pressupõe que essa escolha se faça em um contexto no qual o debate público seja “[...] desinibido, robusto e amplamente aberto” (FISS, 2005, p. 30).

Logo, os limites da atuação positiva do Estado devem ser pensados a partir do confronto entre liberdade de expressão e direitos democráticos, sejam individuais ou coletivos, e da colisão entre as liberdades de expressão de sujeitos diferentes. Em ambos os casos, a função precípua da regulação estatal seria a de garantir as condições de pluralidade no “mercado das ideias”, pois o princípio democrático pode realizar-se apenas com o cumprimento desse pré-requisito. Tomando-se democracia deliberativa como liberdade de autogoverno, a equação obtida é aparente restrição de liberdade para aumentar a liberdade (FISS, 2005).

A teoria democrática representa um avanço em relação à teoria libertária. Seu ponto de vista possibilitou, nos EUA, ações estatais como fomentos a produções artísticas, inibição de discursos de ódio e regulações antimonopólicas dos meios de comunicação. No entanto, esse paradigma tem seu limite na acepção do campo comunicacional como um mercado de ideias. O espaço público é visto como um âmbito neutro de deliberação e a intervenção estatal é aceita apenas como forma de calibração das condições do debate. As liberdades individuais e públicas devem ser equilibradas em nome da igualdade formal dos sujeitos, que exige oportunidades isonômicas e participação.

A divergência básica entre as correntes democrática e libertária é a adoção dos preceitos liberais de forma mais ou menos ortodoxa. A teoria democrática, ao modo da libertária, equipara o campo de decisão a um mercado, mas, ao contrário dela, não acredita na perfeição autorregulatória dessa instância. A atuação do Estado é então aceita para promover a “homeostase” e garantir as condições otimizadas de funcionamento do mercado de ideias.

As duas vertentes apresentadas foram a base para a construção do paradigma liberal, hegemônico no campo da comunicação, conformado pela propriedade privada dos meios de produção, a equiparação da esfera pública a um mercado e a concepção da liberdade de expressão como direito individual.

No âmbito interno dos Estados, em regra, esse paradigma moldou a elaboração de normas de natureza privatista, empresarial e consumerista para a comunicação. A liberdade de imprensa é equiparada à liberdade de empresa, mas extrai sua proteção institucional do direito humano fundamental à liberdade de expressão, de patamar constitucional.

Com a descoberta e exploração do espectro audiovisual, houve um incremento no trato jurídico-político dispensado ao campo comunicacional. Os novos meios de difusão elevaram consideravelmente o potencial midiático e o setor passou a ser considerado estratégico não apenas para a economia, mas para a soberania dos Estados¹⁶.

Para as relações emissor-receptor e empresa-Estado, o estatuto jurídico amparava-se nos princípios privatistas do mercado de ideias e da não intervenção¹⁷, variando entre a versão mais rígida ou mais abrandada deste último, conforme predomine a teoria libertária ou a democrática. O papel do Estado era eminentemente arbitral, em conflitos que envolviam direitos de personalidade¹⁸ ou a otimização das condições do mercado de ideias¹⁹.

A exploração do espectro audiovisual provocou algumas mudanças. O pensamento liberal ainda postulava que o Poder Público agisse como árbitro neutro na distribuição dos sinais, mas, sendo as ondas eletromagnéticas bens públicos, agregaram uma nova e relevante prerrogativa ao Estado. Esse, como detentor do monopólio das concessões, incorporou um poder muito mais decisivo para o direcionamento das atividades no campo da comunicação.

As legislações trataram de garantir a exploração privada das ondas audiovisuais, mas a outorga das concessões dependia da afinidade entre os diversos governos do momento e grupos empresariais interessados. Durante o século XX, as concessões de rádio e televisão foram instrumento fundamental na

¹⁶ Esclarecemos que todas as manifestações da comunicação social tem assumem uma dimensão política nas sociedades, em maior ou menor grau, conforme o contexto histórico. Especialmente na era contemporânea, essa dimensão foi reconhecida e moldada de forma sistemática. Até se instituir como detentor de concessões da exploração do espectro audiovisual, o Estado exercia papel semelhante ao de um árbitro no campo comunicacional, basicamente apurando de ofensas a direitos de personalidade, quando houvesse. Com as novas tecnologias da comunicação, especialmente rádio e televisão, o Estado passa a ter a prerrogativa estratégica de distribuir o acesso ao espectro radioelétrico, podendo orientar, de forma mais direta, o modo exploração desse campo e a direção de suas atividades.

¹⁷ Naturalmente, existem exceções nos pontos de incompatibilidade entre a figura do Estado e o regime privatista.

¹⁸ Provocados pelo uso dos meios de informação, como ofensas à honra, à imagem e à vida privada.

¹⁹ Quando uma atuação mais proativa do ente estatal fosse aceita.

afirmação e fortalecimento de alianças entre grupos políticos, midiáticos e econômicos²⁰. Na linha da troca de favores, os meios agiam como porta-vozes dos interesses governamentais e contavam com benesses estatais²¹. Uma das críticas que se levantam é que os processos de concorrência pública para adjudicação de concessões não evitavam a influência recíproca, pois seu formato, além de conter exigências que restringiam a participação, possibilitava manobras e direcionamentos.

O desenvolvimento da tecnologia satelital, na década de 1960, provocou a discussão global sobre o regramento dos meios de comunicação. A difusão via satélite, por ser emitida a partir da órbita espacial, atravessa fronteiras. Como justificar, diante da soberania dos Estados, que as transmissões passassem por seus territórios? Essa questão surgiu no contexto da Guerra Fria e seu desfecho interessava especialmente aos Estados Unidos e à antiga União Soviética, que detinham o conhecimento sobre essas novas tecnologias e tinham a capacidade de explorá-la em nível mundial.

Para justificar suas pretensões, os EUA basearam-nas no direito humano fundamental à liberdade de expressão. A síntese do discurso estadunidense foi o *free flow of information* ou livre fluxo de informações, postulação de que a transposição livre das fronteiras é exigência inerente e indissociável da liberdade de expressão. No artigo 19 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, observa-se a influência desse paradigma:

Artigo 19

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, **independentemente de considerações de fronteiras**, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha (BRASIL,1992) (grifo nosso).

²⁰ Como se verá, no Brasil, os governos da ditadura distribuíram concessões de rádio e TV aos aliados de primeira hora e veículos midiáticos, como a Rede Globo, mantiveram apoio ao regime até o seu colapso. A divisão da exploração audiovisual na Argentina também foi realizada pelo regime militar, que levou em conta a afinidade e a lealdade política. Com exceção da censura perpetrada, nenhum dos países registra casos de conflitos de interesse entre as grandes emissoras de televisão e rádio e os governos ditatoriais. Pelo contrário, além das concessões, as empresas de comunicação receberam incentivos fiscais e financeiros que foram cruciais para se transformarem nos megaempreendimentos que são hoje (LIMA, 2004).

²¹ Quando favorável às empresas midiáticas, a atuação estatal sempre era aceita, independentemente do referencial teórico seguido.

Ao estabelecer a garantia, o dispositivo não leva em conta quem pode de fato fazer com que seus pensamentos e opiniões transpassem fronteiras, os conteúdos que alcançam veiculação, nem quem controla os meios de transmissão global.

O *free flow of information* estruturou o mercado global da comunicação e informação e é, até os dias de hoje, o paradigma hegemônico no setor. A informação é, ao mesmo tempo, uma mercadoria, que deve circular independentemente de fronteiras, e um direito humano fundamental, que deve ser posto a salvo da opressão dos Estados.

O resultado da implementação do paradigma da livre circulação de informação foi o aumento da concentração dos meios em nível global. Desde os anos 1980, o número de corporações transnacionais que dominavam o mercado mundial de mídia era cinquenta. Hoje, resumem-se a oito, concentradas nos países mais ricos. Os maiores conglomerados midiáticos, como *News Corporation*, *Viacom*, *Time Warner* e *Disney*, são de origem estadunidense (ROLIM, 2011, p. 144-145).

Josep Grifeu refere-se ao *free flow of information* como a síntese teórica que promoveu e justificou a progressiva ingerência dos EUA sobre a cultura, informação e propaganda internacionais, no mundo pós-guerra (GIFREU, 1986, p.26). De acordo com Armand Mattelart (2002), a comunicação internacional realizada a partir dessas bases foi o instrumento de integração das nações e dos povos à expansão global da empresa capitalista.

A rede global de transmissão fomentou o intercâmbio de informações e conteúdos e intensificou as influências culturais dos países hegemônicos, desembocando em no fenômeno da homogeneização cultural²² (GUARESCHI, 2001). Essa ascendência da mídia global sobre a cultura e a subjetividade de povos e nações variados é acompanhada pelo crescimento em progressão geométrica nas vendas e lucros das empresas multinacionais, especialmente das indústrias da comunicação e entretenimento.

Não demorou até que as contradições desse modelo fossem expostas e contestadas por países, povos e grupos sociais submetidos a um papel passivo e

²² Guareschi (2001) descreve homogeneização cultural como a padronização gerada pela comunicação centralizada e mecanizada, que causa o desaparecimento de valores particulares e individuais de várias culturas. Remete à citação de Wilbur Shramm acerca do fenômeno: "Um dos efeitos mais visíveis e chocantes da comunicação global é o fato de que o material comunicativo, ao qual as pessoas estão expostas, é demasiadamente igual" (GUARESCHI, 2001, p. 19)

secundário na atividade comunicacional. Os questionamentos sobre a apropriação dos meios e tecnologias da comunicação, as reivindicações por voz e respeito a identidades reuniram países e movimentos sociais em torno de uma proposta alternativa para a regulamentação das relações de comunicação. Através da Nova Ordem Mundial da Informação e da Comunicação (NOMIC), o paradigma da *self reliance* foi construído e se colocou em disputa com o *free flow of information*. Esse processo será analisado no próximo tópico.

1.2.2 *Self reliance*: novos sujeitos e perspectiva transformadora na comunicação

Os primeiros debates sobre direito à informação e liberdade de expressão no nível internacional surgiram na fase pós-Segunda Guerra Mundial. O momento foi de reestruturação do sistema capitalista e, no campo da comunicação, foi marcado pelo incremento tecnológico das formas de difusão, massificação da comunicação e consolidação da indústria da informação e cultura. Ao mesmo tempo, a função que a mídia exercia na “construção da subjetividade” (GUARESCHI, 2001, p. 47) era mais que crucial no contexto de disputa geopolítica entre as duas potências antagônicas, EUA e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS. O aumento da lucratividade e a implantação do ideário de valores da potência hegemônica no Ocidente precisavam andar juntos. Foi dessa conjuntura que nasceu o paradigma do *free flow of information*.

Nesse momento histórico, várias questões surgiram, como as reflexões sobre os atos cometidos na Segunda Guerra Mundial, a emancipação das colônias europeias na África e Ásia, o aprofundamento da pobreza, a nova divisão internacional do trabalho, com o estabelecimento de relações neoimperialistas, a polarização entre os blocos capitalista e do socialismo real e a marginalização dos países periféricos na ordem internacional. Tais eventos fizeram surgir questões que o paradigma hegemônico não podia comportar. Muitas escolas da filosofia e das ciências humanas realinharam seu pensamento para tentar compreender essa nova fase da modernidade.

Theodor Adorno e Max Horkheimer (1985), refletindo sobre as atrocidades cometidas na Segunda Guerra e o aprofundamento das relações sociais de

exploração no momento histórico após o conflito, questionaram o sentido da modernidade e a finalidade da razão. Os dois filósofos da Escola de Frankfurt concluíram que, ao invés de cumprir sua promessa de emancipação, a razão se tratava de mais um instrumento de dominação, que substituíra o jugo da natureza e do pensamento mitológico das épocas “irracionais” pela exploração social da maioria por alguns poucos homens.

Esse pensamento tentou desvelar das ciências sua pretensão de neutralidade e de símbolo da evolução humana, levando às elaborações de filósofos como Herbert Marcuse, Walter Benjamin, Leo Löwenthal, Erich Fromm, à tradição do pensamento crítico.

A Teoria Crítica propôs novas bases epistemológicas e novas atribuições para a ciência e para a filosofia. Primeiramente, rompeu com o paradigma positivista da separação entre sujeito e objeto, reconhecendo a relação reflexiva e reciprocamente influente estabelecida entre ambos. Em segundo lugar, abandonou a ideia de neutralidade do conhecimento, assumindo que toda produção intelectual é implicada pelos objetivos e interesses que lhe são subjacentes. Pedrinho Guareschi (2001, p. 53) assinala que:

A Teoria Crítica, nesse sentido, toma partido e não vê como se possa deixar de tomar partido. Na análise duma sociedade toda ela permeada de sinais, discursos, afirmações, mensagens, orientações, quer-se saber como ela é e, ao mesmo tempo, com ela poderia, ou deveria ser. Uma Teoria Crítica difere, pois, de outras teorias em seu próprio propósito: visa à libertação (emancipação) e ao esclarecimento.

Essa foi uma das múltiplas inferências formuladas por correntes filosóficas, científicas e movimentos políticos que iam na contramão da racionalidade e da política predominantes. Muitas delas dedicaram-se à tarefa de analisar a conjuntura política e econômica internacional e desvelar caminhos emancipatórios para a humanidade.

Tais reflexões são oriundas da expansão de movimentos contestatórios da nova ordem hegemônica no pós-guerra²³. No âmbito geopolítico, as chamadas nações subdesenvolvidas, ex-colônias asiáticas, africanas e latino-americanas,

²³ Os elementos-chave dessa conjuntura são a finalização do processo de internacionalização do capitalismo, a ascensão dos EUA como potência hegemônica no Ocidente, a nova divisão internacional do trabalho, que substituiu as relações coloniais por novas relações de subordinação entre centro e periferia do sistema, a difusão da ideia de progresso e a disputa com o bloco socialista.

formaram o Movimento de Países Não Alinhados (MPNA), organização surgida em 1955, que reunia inicialmente nações em processo de descolonização. Por meio dela, um grupo dos países do então denominado Terceiro Mundo estruturou-se em função de pautas e interesses que não eram contemplados por nenhum dos dois blocos em que se dividia a geopolítica internacional.

O MPNA procurou levar à ONU os debates invisíveis na ordem dominante: as causas da pobreza e do subdesenvolvimento, diante de um aparente crescimento econômico planetário; a distribuição desigual das riquezas mundiais; os papéis de subordinação a que se relegavam os países pobres; as lutas nacionais por independência e o combate às práticas neoimperialistas; as reivindicações por reparação de danos e por reconhecimento da identidade cultural dos povos colonizados, entre outros. A emergência de um conjunto novo de sujeitos políticos reverberou na agenda das Nações Unidas e levantou internacionalmente a proposta de uma Nova Ordem Econômica Mundial.

Entre os temas tratados pelo MPNA, constavam as relações internacionais na comunicação, a produção de conteúdos e a distribuição das tecnologias de difusão. Essa vertente contestava a política da livre circulação de informações e bens simbólicos, constatando a falácia da neutralidade no fato de que os países ricos concentravam os meios de transmissão global, avanços tecnológicos e indústrias da comunicação, e isso não se dava por acaso. Essa concentração foi associada à dominação econômica e cultural perpetrada nos países periféricos. O mote da comunicação sem fronteiras, por sua vez, foi identificado como um projeto econômico, e não social ou cultural que promovesse mudanças progressistas. Denunciando essa estrutura, o MPNA propôs uma nova organização da comunicação que respeitasse as particularidades econômicas, sociais, culturais e políticas dos países que compunham o movimento (MATTELART, 2006, p. 49).

Ao desvelar a natureza das relações internacionais na comunicação, o MPNA reivindicou o estabelecimento de uma Nova Ordem Mundial da Informação e da Comunicação (NOMIC). Esse novo modelo comunicacional foi pautado pelo paradigma da *self reliance*, a autodeterminação dos países, povos e nações na comunicação.

Para os países centrais, o avanço da indústria da comunicação de massa, através das agências de notícias, dos grandes estúdios de cinema e da difusão via televisão dos produtos culturais, foi, ao mesmo tempo, instrumento do crescimento

econômico e da expansão do seu ideário. Já no bloco soviético, apesar do interesse no poder abrangente dos meios de comunicação massivos, prevaleceram as questões de soberania, segurança e a prática da censura política.

A NOMIC negava os dois caminhos. O modelo da *self reliance* “atribui à informação papel que transbordou a área estritamente econômica ao demonstrar a necessidade de mobilizar todos os aspectos da vida social” (ROLIM, 2011, p. 61). A comunicação é percebida como fenômeno indissociável do desenvolvimento, da autodeterminação e da identidade dos povos. Nesse sentido, reescreve diretrizes contrapostas à doutrina do *free flow of information*.

Em primeiro lugar, concebe a comunicação como uma via de mão dupla, em contraposição ao modelo unilateral e autoritário prevalecente. A perspectiva de difusão livre e massificada do pensamento no *free flow* é eminentemente verticalizada e concentra a produção e emissão de conteúdos num polo ativo, relegando aos destinatários apenas a assimilação passiva.

A reformulação da *self reliance* inspira-se diretamente no referencial teórico de Paulo Freire (1992), que, em sua obra, contrapõe os conceitos de extensão e comunicação. Esta última constitui uma instância dialógica da prática educacional e se realiza por meio de relações igualitárias, do intercâmbio entre os papéis de educador e educando e da negação de posições de superioridade e subordinação.

A proposta freireana, incorporada às relações internacionais na comunicação pelo MPNA, exige não apenas a expansão do alcance dos meios e a distribuição tecnológica, pois o aumento da difusão não implica no aumento do diálogo. Ela torna necessária uma radicalização democrática no controle e acesso dos meios, na produção de conteúdos e nas relações entre os sujeitos. A função da comunicação, mais do que difundir conteúdos, deve se voltar para uma prática social verdadeiramente libertadora, que possibilite a formação humana dos sujeitos envolvidos.

Em segundo lugar, a *self reliance* rompe com a visão economicista da informação e do campo comunicacional. Ela rejeita a identificação de informação e produção cultural como mercadorias, bem como a instrumentalização mercadológica dos meios de difusão. Ainda com em consonância com as contribuições de Paulo Freire (1992), a comunicação assume o sentido de atividade humana de afirmação e reconhecimento de si e do outro. É por meio dela que as representações subjetivas, as identidades individuais e coletivas, ideias e valores são externalizados e os seres

humanos avaliam suas ações, projetam suas vidas e pretensões para o futuro. Quaisquer veículos que promovam a comunicação devem servir prioritariamente a essa dimensão de promoção humana individual e coletiva.

Dessa forma, as liberdades de pensamento, expressão, imprensa, o direito à informação e o intercâmbio comunicativo entre indivíduos e povos constituem direitos fundamentais e não podem ser mercantilizados. Os meios de comunicação, por sua vez, são considerados bens públicos, logo não devem ser subordinados ao estatuto jurídico empresarial ou dirigidos pela lógica do mercado.

Pela mesma via, chegamos à terceira importante proposição da *self reliance*, referente à apropriação e regulação dos meios de comunicação. O paradigma considera que a propriedade e exploração dos meios não podem ser exclusivas do Estado, pois fatalmente estariam submetidos a uma visão unidirecional. Também não aceita o intuito lucrativo como única forma de viabilizar a exploração dos veículos de comunicação. Seria necessário que novos sujeitos sem fins lucrativos tivessem acesso à propriedade dos meios e à produção e difusão de conteúdos. Uma nova distribuição dos instrumentos e tecnologias comunicacionais deveria ser realizada em níveis internacional e nacional, dirigida por critérios que levassem em conta a pluralidade de vozes, sujeitos e visões de mundo.

O pluralismo proposto pela *self reliance* não se confunde com o pluralismo do “mercado de ideias”. A consideração das múltiplas vozes e visões de mundo é importante para a democracia, mas, diferentemente do pensamento liberal, não visa apenas o cumprimento da exigência procedimental. O incremento plural da comunicação pública deve se voltar também para autoafirmação dos sujeitos individuais e coletivos, dar espaço a demandas historicamente aliadas, evidenciar opressões, refletir sobre as estruturas da sociedade, apresentar formas de vida alternativas e novos modelos sociais. A importância maior não estaria na batalha travada na instância da esfera pública, que possibilita o debate, mas não permite a modificação estrutural das relações sociais, especialmente as relações sociais de produção. O potencial dos meios de comunicação reside no seu papel privilegiado na disputa pela hegemonia da sociedade e mudança profunda das estruturas materiais, valorativas e representações subjetivas.

Para Antonio Gramsci (2010, p. 195-214), outra influência teórica da *self reliance*, os veículos de comunicação são instrumentos que podem ser taticamente utilizados no objetivo estratégico de transformação social, mais especificamente na

disputa pela hegemonia, ou melhor, pela direção política e moral da sociedade. De acordo com Dênis de Moraes (2011, p. 17):

Mais do que nunca, os processos comunicacionais estão entranhados na batalha das ideias pela hegemonia – aqui entendida no sentido proposto pelo filósofo marxista italiano Antonio Gramsci: a conquista do consenso e da liderança cultural e política por uma classe ou bloco de classes em torno de determinadas concepções de vida e valores. [...] Daí a urgência de ampliarmos o conhecimento sobre experiência que caminham na direção da diversidade cultural, compreendendo-a como bem comum dos povos. A diversidade pressupõe revitalizar manifestações do contraditório e confrontar pontos de vista, recusando o pensamento único e suas inverdades em letras de fôrma.

Através da democratização profunda nas relações de comunicação proposta por Paulo Freire é possível que novos sujeitos provoquem as transformações políticas e culturais, como descrito por Gramsci.

A nova abordagem às liberdades de pensamento e expressão reformula o papel do Estado na comunicação. Sua função, na *self reliance*, de acordo com Renata Rolim (2011, p. 61):

[...] foi definida pela adoção e aplicação de políticas públicas de comunicação e de cultura que propiciem tal participação com ações que concretizem desde a universalização da educação e da cultura à repartição democrática das frequências radiolétricas.

O paradigma vai na contramão da lógica da não-intervenção e estabelece não só a possibilidade, mas a obrigação de o Estado atuar na promoção da comunicação democrática. Entre as medidas que devem ser adotadas para o implemento de uma nova lógica comunicacional estão a redistribuição dos meios, pautada pela diversidade de sujeitos e vozes; incentivos à participação plural; ações que garantam o uso democrático dos veículos, o cumprimento do interesse público e contra incentivem e punam ofensas aos direitos humanos.

O discurso internacional dos direitos humanos, tensionado entre o *free flow of information* e a *self reliance*, deixou de incorporar conceitos e medidas importantes para a implantação de uma nova ordem na comunicação. Na conhecida classificação dos direitos humanos em dimensões, o direito à comunicação poderia ser considerado de terceira dimensão, um direito de solidariedade e

autodeterminação coletiva. Entretanto, chama atenção o fato de não existir, nos documentos internacionais, a positivação da forma expressa *direito à comunicação*.

Os documentos internacionais positivaram os direitos humanos à liberdade de expressão, acesso à informação e proteção da privacidade, prerrogativas que expressam ações de busca, disseminação e proteção no campo da comunicação. Entretanto, a dimensão dialógica foi ignorada.

Cees Hamelink (*apud* GOMES, 2007, p.50) situa que o direito internacional dos direitos humanos omite-se no tocante à dimensão de conversação no campo comunicacional e chama atenção para a forma equívoca que a ideia de comunicação adquire nesse âmbito:

Praticamente todos os dispositivos de direitos humanos referem-se à comunicação como 'transferência de mensagens'. Isto reflete uma interpretação da comunicação que se tornou bastante comum desde que Shannon e Weaver (1949) introduziram a teoria matemática da comunicação. O seu modelo descreve a comunicação de forma linear, como um processo de mão única. Isto é, contudo, uma concepção muito limitada e por vezes enganosa de comunicação, por ignorar o fato de que, na essência, 'comunicar' refere-se a um processo de compartilhar, tornar comum ou criar uma comunidade.

As discussões da NOMIC tentaram corrigir essa abordagem no âmbito do sistema internacional dos direitos humanos. A partir da década de 1970, a UNESCO passou a incorporar em suas resoluções muitos contributos teóricos e políticos da NOMIC e do paradigma da *self reliance* e, na 18ª Conferência Geral, realizada em 1974, em Paris, tem início os confrontos mais intensos pela definição de conceitos e políticas dirigentes na comunicação global (GOMES, 2007, p. 92).

Em 1976, a direção geral da UNESCO encomendou a uma Comissão Internacional da Comunicação (CIC), presidida por Sean MacBride, um estudo global dos problemas da comunicação. Esse estudo durou dez anos e culminou no relatório *Um Mundo, Muitas Vozes: comunicação e informação em nosso tempo* (1988).

Os resultados do relatório MacBride, como ficou conhecido, provocaram o ápice no acirramento da disputa pela direção conceitual e política na comunicação. Restaram evidenciados o alto grau de concentração dos meios de comunicação nas mãos de sujeitos privados e nos países mais ricos, seu uso restrito e excludente, o predomínio de visões de mundo limitadas no fluxo das informações, a influência dos

interesses econômicos, o direcionamento político-ideológico, a subserviência ao mercado e seu papel na manutenção da pobreza e na descaracterização da identidade dos povos (UNESCO, 1983). Sua conclusão foi que “as diferenças na distribuição das riquezas criam disparidades entre os que estão bem munidos e os que carecem delas, em matéria de comunicação” (UNESCO, 1983, p. 278).

Conforme Renata Rolim (2011, p. 63),

Diante do impasse, e com o relatório apontando a necessidade de democratização dos processos comunicacional *intra* e *extra* muros, Estados Unidos e Reino Unido se retiraram da UNESCO, sob protestos de desrespeito à liberdade de informação e politização dos debates, enquanto a União Soviética manteve-se fiel ao princípio da soberania nacional como recusa implícita para enfrentar a questão da censura política.

Esse rompimento ocorreu na década de 1980, no contexto de implantação das políticas neoliberais em nível global, dirigido pelos EUA. Os interesses e posições próprios que os países de Terceiro Mundo tentaram proteger, combinados às suas fragilidades e dependências, enfraqueceram a aliança do MPNA e esvaziaram gradualmente a NOMIC. O que se seguiu foi um processo radical de desregulamentação dos meios de comunicação e dos mercados de bens culturais nos países periféricos e, com isso, a concretização plena do modelo do *free flow of information*.

A recuperação dos debates internacionais e reivindicações pelo direito à comunicação só ocorreu no século XXI, depois das sucessivas crises do modelo neoliberal e em meio à reorganização de movimentos sociais e de trabalhadores, que haviam amargado um longo período de descenso.

Articulações de nível internacional, como a Campanha pelos Direitos da Comunicação na Sociedade da Informação, mobilizaram organizações não governamentais em vários países, propondo a retomada das reflexões acerca da atividade midiática global. No terreno jurídico, defendiam o reconhecimento do direito à comunicação como direito humano de dimensões múltiplas, que atinge as liberdades democráticas, educação, cultura, personalidade, autoafirmação individual e coletiva. Em 2006, o Fórum Social Mundial, articulação de movimentos e entidades de esquerda de todo o globo, surgido em contraposição ao Foro de Davos, que congrega setores financeiros internacionais, também incorporou o tema da comunicação.

Um momento de significativo avanço na reformulação do direito à comunicação teve como palco a América Latina. No início dos anos 2000, os resultados negativos da política econômica neoliberal implantada na região levaram à eleição de grupos políticos que formularam projetos divergentes do neoliberalismo em vários setores, a comunicação dentre eles. Conforme Dênis de Moraes:

Pela primeira vez no continente, políticas que reestruturam os sistemas de comunicação prosperam nas agendas públicas. É uma tentativa de superar a histórica letargia do Estado diante da avassaladora concentração das indústrias de informação e entretenimento nas mãos de um reduzido número de corporações, quase sempre pertencentes a dinastias familiares. (MORAES, 2013, p.53)

Na retomada do desenvolvimento interno, fortalecimento das instituições democráticas e empoderamento de novos sujeitos, até então alijados no processo político, o tema da comunicação foi decisivo para desconstrução do modelo neoliberal e suscitou a necessidade de se formularem novos marcos regulatórios para o campo das relações comunicacionais. Países como Venezuela, Argentina, Uruguai, Bolívia, Equador e México revisaram suas normas no campo da mídia audiovisual, ao passo que cresceram movimentos de luta por novas práticas comunicacionais.

Da abordagem realizada nesta seção, conclui-se que o *free flow of information* e a *self reliance* revelam dois projetos político-ideológicos divergentes para a comunicação. Em síntese, o primeiro é a tradução do *laisse faire* ou livre mercado para o campo comunicacional, baseia-se na apropriação privada dos meios de comunicação, na lógica de lucro e na não intervenção estatal. Esse modelo é defendido pelas grandes corporações midiáticas. O segundo concebe a comunicação a partir da sua importância para a autodeterminação de indivíduos e povos, como espaço crucial de formação humana e organização de sujeitos políticos para a transformação da realidade.

O paradigma da *self reliance*, no campo internacional, propõe uma divisão verdadeiramente democrática da produção de conteúdos, dos meios e das tecnologias da informação, contraposta ao autoritarismo de países dominantes e à subordinação econômica e cultural de nações e povos. Para o âmbito doméstico dos países, defende a divisão dos meios de comunicação entre os campos público,

estatal e privado, controlados respectivamente por entidades sem fins lucrativos, Estado e empresas privadas, todos submetidos ao interesse público e ao controle social. É defendido por movimentos sociais, sindicatos, associações comunitárias.

Nas próximas seções, analisaremos a organização do espaço midiático no Brasil e na Argentina, evidenciando as influências exercidas pelos dois paradigmas, no intuito de compreender como cada um dos países chegou ao seu quadro midiático atual. Será dado maior enfoque aos processos de implantação, divisão e regulamentação dos meios audiovisuais.

1.3 Organização do espaço midiático na Argentina e no Brasil

Nos tópicos anteriores, procuramos descrever o desenvolvimento da comunicação pública no mundo ocidental, até a conformação que assume nos dias de hoje. Chamamos atenção para as principais teorizações acerca das liberdades atinentes à comunicação e sua vinculação com a autodeterminação democrática. Em paralelo, tratamos da incorporação da atividade comunicacional à lógica do sistema capitalista, como campo de exploração econômica e circulação de riquezas.

A visão economicista predominou como princípio organizativo e dirigente do setor na América Latina. Essa racionalidade ditou de forma hegemônica a divisão dos papéis na comunicação e a distribuição dos meios de difusão em escala global, bem como no âmbito interno dos Estados.

As funções de produzir e distribuir conteúdos²⁴, não por acaso, concentram-se nos países centrais: 55% dos lucros mundiais advindos do mercado de bens culturais e comunicacionais concentram-se nos EUA; 25%, na União Europeia; 15%, no Japão e Ásia e, na América Latina, somente 5% (CANCLINI, 2004, p. 45). O desenvolvimento das tecnologias de difusão é monopolizado pelos países mais ricos e processo de distribuição para os outros países, bem como a estruturação das redes nacionais de comunicação tiveram por escopos a criação de um mercado consumidor para a indústria cultural e informacional, a potencialização de outros mercados, a direção cultural, ideológica e de produção de subjetividade.

²⁴ Elaborando representações, remodelando culturas, reproduzindo a racionalidade hegemônica e padronizando modos de vida e visões de mundo.

Na América Latina, o desenvolvimento e a organização do espaço midiático obedeceram a essa lógica. Por um lado, a região é eminentemente consumidora de conteúdos da indústria cultural dos países centrais, principalmente dos EUA. Por outro, entes empresariais detêm a propriedade da quase totalidade dos meios de comunicação. Uma característica central é a forma altamente concentrada pela qual se operou essa apropriação.

Na fase de surgimento e crescimento, as empresas de mídia contaram com o apoio estatal. Nos países em que se impuseram golpes militares, apesar da censura sobre os conteúdos, os governos ditatoriais foram responsáveis pela maior parte da estruturação e expansão das redes audiovisuais.

A partir do período neoliberal, a estratégia dos grupos de mídia para perpetuarem seus espaços foi o estabelecimento de vínculos com os principais conglomerados de mídia transnacionais e grupos financeiros. A desregulamentação e a privatização dos setores telecomunicações e audiovisual impulsionara arranjos entre empresas transnacionais, como Disney, Time Warner e Sony, com grupos multimídias familiares, que, no Brasil, envolveu famílias como Marinho, Civita, Mesquita, e, na Argentina, Noble, Saguier e Vigil (MORAES, 2009).

Esse quadro representa a prevalência da lógica de mercado nas atividades de comunicação na América Latina. A partir de um papel subordinado na divisão internacional do trabalho, o paradigma predominante tem sido o *free flow of information*.

A seguir, são apresentados os elementos específicos da organização do campo midiático na Argentina e no Brasil.

1.3.1 A organização do espaço midiático na Argentina: concentração privada e exclusão de sujeitos

A primeira transmissão televisiva na Argentina aconteceu em 1951, através do canal estatal 7. A exploração do rádio, por sua vez, foi inaugurada na década de 1920, pela iniciativa privada. Em 1953, o governo de Juan Perón promulgou a primeira lei de radiodifusão do país²⁵, estabelecendo um sistema privado de

²⁵ Lei 14.241, de 13 de outubro de 1953.

exploração de canais de televisão e rádio, submetido à outorga estatal e coexistindo com um serviço oficial (ELIADES, 2013).

O decreto de regulamentação da lei²⁶ estabeleceu o processo licitatório para a concessão de licenças de exploração dos três canais televisivos existentes e das frequências de rádio. Guillermo Mastrini e Damián Loreti (2009) ressaltam que os resultados dos primeiros certames delinearam um campo midiático extremamente atrelado e dependente do governo.

O golpe de Estado de 1955 revogou a lei de radiodifusão e anulou as adjudicações, com o intuito de retirar os meios audiovisuais das mãos de partidários peronistas. Em 1957, foi sancionada uma nova lei de radiodifusão, que restabelecia bases privatistas para a exploração das mídias, retirando o controle estatal de diversas rádios, que haviam sido gradualmente incorporadas pelo executivo central, no governo de Perón. O governo militar outorgou as três primeiras licenças para exploração de canais de televisão às empresas CADETE, DICON e Río de la Plata (Revista Argentina de Teoria Jurídica, 2013), que tinham em comum o antiperonismo.

A necessidade de grandes investimentos para a atividade televisiva fez com que as três empresas argentinas buscassem parcerias com o capital estrangeiro. Essas associações foram mascaradas na forma de contratos de produção e venda de conteúdos, já que se proibia a presença de capital externo em empresas exploradoras de canais televisivos (Revista Argentina de Teoria Jurídica, 2013). Na década de 1960, os novos canais disponibilizados à exploração privada continuaram acertados com a mesma prática. Data dessa época a extrema dependência da mídia argentina de conteúdos estrangeiros.

O retorno de Perón à Casa Rosada, em 1973, iniciou uma fase de estatização da televisão e rádios. Declararam-se vencidas as concessões conferidas pelo regime anterior. Produtoras e repetidoras de televisão, na capital e nas províncias, foram expropriadas. Os cinco maiores canais de televisão ficaram sob controle da Secretaria de Imprensa e Difusão da Presidência e outros espaços midiáticos foram conferidos aos sindicatos de trabalhadores das categorias que apoiavam o governo (Revista Argentina de Teoria Jurídica, 2013).

²⁶ Decreto 9.967/54.

Em 1978, com a derrubada de Isabel Perón, o novo regime encontrou um sistema de radiodifusão totalmente estatizado. A despeito de haver se estabelecido com a missão de implantar uma política de bases liberais, o governo golpista manteve o rígido controle de rádio e televisão pelo Estado.

O Plano Nacional de Comunicação Social, elaborado pela Secretaria de Informação Pública do governo militar, sistema de mídia integrado e especialmente voltado para reproduzir e propagar o ideário do regime ditatorial. A divisão na exploração de sinais de televisão teve orientação temática a partir das agendas dos diversos órgãos estatais, como Poder Executivo, Força Aérea e Exército, que controlava a Secretaria de Comunicação e o Comitê Federal de Radiodifusão (Revista Argentina de Teoria Jurídica, 2013).

Ao lado desse rígido controle dos meios de radiodifusão, a política de privatizações, desnacionalização e precarização das relações de trabalho foram intensamente implantadas na Argentina.

Em 1980, Rafael Videla, último presidente do regime militar, sancionou o decreto-lei 22.285, regulamentando o sistema argentino de radiodifusão. Desde o golpe, o setor carecia de regramento orgânico, já que a norma da época peronista fora invalidada. O decreto-lei teve a missão de privatizar os meios audiovisuais. O repasse da televisão e rádios para a iniciativa privada precisaria acontecer de forma segura e controlada.

Guillermo Mastrini e Damián Loreti (2009) apontam que a norma foi eminentemente centralista, pois concentrava toda a competência no trato da radiodifusão no governo federal; autoritária, por conferir forte controle do governo sobre a atividade dos meios e censura de conteúdo, a pretexto da segurança nacional; e discriminatória, na medida em que a exploração dos canais era permitida apenas a sociedades comerciais. Entidades sem fins lucrativos não podiam ser permissionárias de canais de rádio e televisão. Com esse perfil, o decreto conferia as garantias jurídicas à privatização do setor audiovisual sem que se corresse o risco de sujeitos contrários à lógica do regime pudessem acessá-lo.

No ocaso do regime militar, Videla realizou um processo urgentíssimo de licitação dos canais de televisão e rádio e conseguiu transferir o controle dos meios audiovisuais a empresas parceiras política e ideologicamente. Como se diz no Brasil, uma transição “*gradual e segura*”, apesar de rápida.

O governo de Raul Alfonsín inaugurou a reabertura democrática, em 1983, e herdou a norma e a distribuição dos meios audiovisuais que Videla realizara. Ambos foram congregados pelo novo regime, com exceção de umas poucas concessões anuladas.

Martin Becerra (2013, p. 5) aponta que o processo de concentração da propriedade dos meios audiovisuais na Argentina foi impulsionado pelo decreto 22.285 e pelo modo de sua aplicação na abertura democrática. O autor aponta duas fases desse processo, sendo a primeira expansiva e a segunda, defensiva.

A fase expansiva correspondeu ao aprofundamento da concentração privada dos meios audiovisuais, com eliminação quase total da concorrência, à extensão das atividades abrangidas (formação de grupos de multimeios) e à abertura para o capital externo. Em 1984, Raúl Alfonsín suspendeu todos os concursos para adjudicação de rádios e canais de televisão, sob o argumento de se elaborar uma nova regulação para os meios audiovisuais, em substituição à norma da ditadura (PORTO, 2013) Durante muitos anos, não houve renovação de sujeitos e nem concorrência efetiva no espaço de mídia audiovisual.

Nos governos de Carlos Menem (1989-1995 e 1995-1999), através de regulamentos e adaptações legislativas, diversas privatizações beneficiaram grupos nacionais, como Clarín e Editorial Atlántida (BECERRA, 2013, p. 5) e a participação de capital estrangeiro na composição societária dos meios audiovisuais foi permitida. Ricardo Porto (2013) considera que:

Carlos Menem fue quien más medidas favorables a los medios concedió, empezando por eliminar el impedimento a las empresas gráficas de poseer emisoras audiovisuales. A partir de ello, Clarín adquirió Canal 13 y radio Mitre; Editorial Atlántida, por su parte, se quedó con Telefe y radio Continental. De este modo, se puso en marcha el fenómeno multimedios en el país. Pero eso no fue todo, se pasó de 4 licencias a 24, se permitieron las redes de emisoras, se eliminó la obligación de los grupos de instalar emisoras en zonas de frontera y se alentó la firma de tratados internacionales de inversiones para conformar un mercado de capitales en torno a los medios.

Com essa abertura, conglomerados transnacionais como Telefónica, Prime, Prisa ingressaram no mercado audiovisual argentino. Em seguida, foi a vez do capital financeiro, com Citibank, HTF&M e a sociedade entre Clarín e Goldman Sachs (BECERRA, 2013, p. 5).

Martín Becerra comenta a capacidade dos grupos empresariais midiáticos de aprofundarem a concentração, afirmando que “la cualidade extranjeirizada y financeirizada de la concentración fueron indicadores de que los medios cotizaban tanto por su influencia político-cultural, como por su función econômica” (BECERRA, 2013, p. 7). Tais qualidades estavam em consonância com o modelo de globalização que tinha lugar no momento.

A fase expansiva da concentração continuou fomentada pela autorização da exploração de múltiplos veículos midiáticos pelo mesmo sujeito, medida que possibilitou ao Clarín se transformar numa corporação multimídia (jornais, televisão, rádio, agências de publicidade), e pelo aumento de 4 para 24 a quantidade do número de licenças acumuláveis. No início dos anos 2000, o conglomerado Clarín-Telefónica havia ampliado suas posses para quase todas as atividades da indústria midiática, inclusive TV a cabo e telefonias convencional e móvel.

Com a crise financeira de 2001, os conglomerados de mídia apelaram para a defesa de seus negócios. Os altos níveis de endividamento dessas empresas com entes transnacionais fizeram com que buscassem proteção estatal contra falência e incorporação pelo capital estrangeiro. A fase defensiva da concentração teve lugar nos governos de Eduardo Duhalde (2002-2003) e Néstor Kirchner (2003-2007) e consistiu na política estatal desenhada para salvar os grupos mais importantes da crise econômica.

Sob o argumento de garantir a recuperação financeira dos conglomerados de mídia, os governos mencionados blindaram o setor audiovisual contra concorrências externas e internas ao passo em que lhes concederam múltiplas ajudas econômicas²⁷.

Em 2004, Néstor Kirchner conferiu renovação automática e suspendeu o câmputo das licenças dos principais canais de televisão. Todas essas medidas de socorro evitaram a perda do controle do setor pelos agentes empresariais que o dominavam desde os últimos anos da ditadura.

A fase expansiva traduziu a política neoliberal para o campo midiático, acentuando a concentração econômica, e a fase defensiva garantiu que ela atravessasse incólume a crise financeira. O fruto da combinação de ambas foi o alto grau de controle privado e concentrado dos meios audiovisuais, a inexistência de

²⁷ Um exemplo dessas medidas foi a *Lei de Protección de los Bienes Culturales*, conhecida como Lei Clarín.

concorrência e a afirmação do domínio dos conglomerados de multimídia. Dênis de Moraes (2011, p. 43) apresenta os números dessa conjuntura:

Na Argentina, sete grupos (Clarín, Admira, América Multimedios, HMT&F, Hadad, Uno-Vila/Manzano e La Nación) controlam ou tem participação acionária em cerca de 200 veículos. [...] No caso da TV aberta, Clarín, Admira e América detem 60% das concessões.

Além da concentração, a exclusão marcou a definição de sujeitos no campo midiático. Entidades sem fins lucrativos estavam impedidas de ter seus próprios meios de comunicação, o que comprometia seriamente a pluralidade no debate.

Até 2008, o sistema midiático na Argentina caracterizava-se pela forte dependência do capital e da produção estrangeiros, sua gestão concentrava-se principalmente na região metropolitana de Buenos Aires e registrava-se um nível extremamente elevado na concentração da propriedade.

Esse quadro não resultou apenas das normas vigentes no setor, mas do projeto político iniciado pela ditadura e renovado no período neoliberal. Assinala Ricardo Porto (2013) que:

Así las cosas, todo el marco regulatorio en materia de radiodifusión materializaba ese pacto tácito entre los grandes medios y el poder político, en donde éste consentía la concentración y la falta de competencia con el objeto de recibir un tratamiento periodístico favorable.

Em paralelo, diversos movimentos pela democratização da mídia se constituíram, reverberando denúncias de abusos e protestando contra a concentração monopólica dos meios audiovisuais.

Como herança das contribuições teóricas e políticas da NOMIC, organizações de trabalhadores, estudantes, Povos Originários, profissionais de mídia e movimentos sociais iniciaram o processo de luta pela reorganização do campo audiovisual. O paradigma da *self reliance* foi retomado, reunindo categorias sociais diversas, que enxergavam no controle empresarial da mídia um dos maiores entraves ao avanço de suas lutas.

Nesse contexto, teve início o conjunto de debates públicos sobre comunicação e mobilizações que, em 2009, desembocaram no novo marco

regulatório do campo audiovisual, a lei 26.522, popularmente conhecida como *Ley de Medios*.

A norma e da conjuntura social em que foi elaborada e aprovada será objeto de análise na seção 2.4.1 deste capítulo.

1.3.2. Organização do espaço midiático no Brasil: fomento pela ditadura, domínio privado e coronelismo eletrônico

As primeiras transmissões de rádio, no país, são da década de 1920 e foram promovidas por associações culturais e científicas, financiadas por intelectuais e membros da elite urbana. Tratava-se de atividade diletante, restrita e de pouco alcance, principalmente porque as licenças e compra de receptores eram controladas pelo Exército (FEDERICO *apud* Rolim, 2011, p.30).

Na década de 1930, no primeiro ensaio de industrialização, o aumento do número de aparelhos receptores expandiu o acesso à transmissão radiofônica. Começava um quadro de comunicação massiva no Brasil, ainda que incipiente. O governo de Getúlio Vargas estreitou o controle sobre os meios de comunicação, concentrou as concessões de radiodifusão nas atribuições do Poder Executivo e estabeleceu a competência legislativa exclusiva para a União (ROLIM, 2011, p. 53-57). Com a ampliação do alcance, a radiodifusão foi explorada por agentes privados, mediante a concessão discricionária de licenças. A lógica da atividade era eminentemente empresarial e os conteúdos eram submetidos a censura.

A televisão foi introduzida no Brasil em 1950, com a inauguração da TV Tupi, e já nasceu atrelada a um grande grupo empresarial multimídia, o Diários Associados, de propriedade de Assis Chateaubriand. Antes da televisão, os Diários Associados já exploravam concessões de rádios e jornais impressos. De acordo com Altamiro Borges (BORGES, 2009, p. 57), “em 1959, Chatô já era dono do maior império jornalístico da América Latina, com 40 jornais e revistas, mais de 20 estações de rádio, uma dezena de emissoras de televisão, uma agência de notícias e outra de publicidade” (BORGES, 2009, p. 57).

No governo de João Goulart, foi sancionado o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), diploma que até hoje regulamenta a radiodifusão no país.

O CBT foi criado pela recém formada Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), que tinha seus representantes no Legislativo. Goulart vetou mais de 50 dispositivos do texto aprovado, na tentativa de não entregar a radiodifusão em mãos privadas, mas todos os vetos foram derrubados.

Através do CTB e do decreto 52.026/63, que o regulamentou, foi criado o sistema organizativo do campo audiovisual, normatizando-se a forma das concessões e autorizações, a classificação dos serviços, a exploração de mídias audiovisuais e telefonia, distribuindo-se competências e tipificando-se delitos. Foram criados ainda o Conselho Nacional de Telecomunicações e a Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL). O CBT consagrou a exploração exclusivamente privada dos canais televisivos.

Em meados dos anos 1960, pouco tempo após o golpe, o regime militar promoveu a expansão da mídia televisiva, através do desenvolvimento da indústria eletroeletrônica e da concessão de crédito para aquisição de aparelhos de televisão. Assim como ocorreu na Argentina, a implementação de uma rede de comunicação de massa e a apropriação dos meios de difusão audiovisual foram dirigidos, no Brasil, pelas demandas externas e internas do sistema capitalista, acatadas pela ditadura. Segundo afirma Venício de Lima (2004, p. 156), “as vendas aumentaram rapidamente, a ponto de, no final daquele ano [1968], já existirem cerca de 4 milhões de receptores”.

Com esses números e o aperfeiçoamento da linguagem televisiva, sintonizada com o mercado de entretenimento e notícias, a televisão foi alçada à posição de meio de comunicação favorito entre a população (ROLIM, 2011, p. 57).

O modelo implantado conformou-se no papel de subordinação conferido à América Latina na divisão internacional do trabalho e seguiu numa convivência contínua entre os mecanismos da indústria cultural e da doutrina da Segurança Nacional (ROLIM, 2011, p. 58). Os meios de comunicação deveriam cumprir as funções simultâneas de expandir o mercado consumidor interno e difundir um imaginário consensual favorável ao regime autoritário. Nesse sentido, a censura oficial perdurou até a reabertura democrática, em 1988, mas não foi entrave ao crescimento dos negócios no setor audiovisual (ORTIZ, 2001).

O primeiro canal da TV Globo foi inaugurado em 1965, no Rio de Janeiro. Destacamos essa concessão em particular pela dimensão que o conglomerado das Organizações Globo adquiriu no espaço midiático, sendo um dos maiores grupos

multimídia do mundo. O nascimento da TV Globo foi emblemático da sólida aliança estabelecida entre a grande mídia, o regime militar e os agentes econômicos.

A concessão do canal 4 às Organizações Globo, ligadas ao jornal O Globo, foi uma benesse da ditadura ao seu empreendedor, Roberto Marinho. O general Castelo Branco outorgou a licença televisiva ignorando denúncias de que as Organizações Globo eram atreladas ao grupo estadunidense Time-Life, fato que seria impeditivo da concessão. Outros privilégios conferidos ao grupo midiático pelos governos militares, como um vultoso financiamento para implantação das atividades televisivas²⁸, selaram uma parceria duradoura até o final do regime. Afirmando essa forte e inequívoca ligação entre as Organizações Globo e o “bloco histórico” que promoveu o golpe e tomou o controle do Estado Brasileiro, Venício de Lima comenta (2004, p. 157):

Fica claro, a partir de então, o comprometimento recíproco entre o regime autoritário e a Rede Globo. Esse comprometimento, iniciado por ocasião do escândalo Time-Life, solidificou-se nos períodos Médici (1969-1974) e Geisel (1974-1979), atingindo seu limite máximo no governo do general João Batista Figueiredo (1979-1985), quando a Rede Globo, então já consolidada, transformou-se em um verdadeiro “ministério da informação”, paralelo ao governo [...].

A partir de 1969, as transmissões televisivas adquiriram alcance nacional, com a interligação de emissoras de TV ao Sistema Nacional de Telecomunicações. Os esforços para a implantação dessa tecnologia faziam parte do plano de integração nacional da ditadura, como se depreende na passagem de Sérgio Capparelli, Murilo Ramos e Suzi Santos (1999, p.11):

Os militares brasileiros priorizaram alguns setores estratégicos da economia, investindo em infra-estrutura para o desenvolvimento industrial acelerado e fortemente controla. As telecomunicações estavam entre esses setores estratégicos e foram fortemente privilegiadas. Durante os primeiros períodos militares, entre 1965 e 1972, foram criados a Embratel, o Ministério das Comunicações e o

²⁸ O documentário “Além do Cidadão Kane” informa que a Organizações Globo contaram com empréstimo governamental para a compra dos primeiros equipamentos de instalação da nova emissora de televisão. O filme, de produção inglesa, mostra as relações entre as o grupo empresarial, seu presidente, Roberto Marinho, e o regime militar. A primeira exibição no Brasil ocorreria em 1994, no Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro, mas uma ordem judicial, em ação movida pela Rede Globo, determinou apreensão da cópia do filme. Na década de 1990, o documentário foi veiculado em espaços acadêmicos e políticos mais restritos e somente no ano 2000, com a popularização da *internet*, pode ser amplamente assistido.

Sistema Telebrás, possibilitando a implantação de uma sofisticada infra-estrutura de telecomunicações que liberaria os quatro cantos do país, inicialmente por uma rede de microondas, complementada depois por satélites nacionais e, mais tarde, também por extensas ligações físicas por fibras ópticas.

Os canais de televisão contavam, a partir de então, com as condições técnicas para se organizarem em redes que poderiam alcançar todo o país.

A produção normativa dos governos militares para os meios de comunicação foi profícua. O decreto-lei 236, de 1967, alterou o CBT, notadamente quanto à exigência da qualidade de brasileiro nato para exercer cargos diretivos junto a entidades que prestassem serviço de radiodifusão (art. 6º); e à vedação à manutenção de contratos de assistência técnica entre concessionárias de radiodifusão e empresas estrangeiras.

O CBT, criado em momento democrático a partir do *lobby* empresarial, foi mantido na sua parte mais relevante, no tocante à exploração e concessão. Criaram-se, ainda, regras restritivas de acesso, possível apenas para quem detinha capital considerável. Isso afastou o movimento dos trabalhadores e a sociedade em geral. Só o Estado e o grande capital privado reuniam condições de explorar a atividade televisiva.

No esteio do AI-5, instituiu-se a censura, principalmente através da Lei de Imprensa (lei 5.250/67). O diploma estabeleceu um extenso rol de crimes por abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento (capítulo II, arts. 12 a 28), criou a censura prévia para espetáculos e diversões públicas (art. 1º, §2º) e firmou que não seria tolerada a “a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe” (art. 1º, § 1º). O ensejo para interposição da ADPF 130 adveio principalmente dos referidos dispositivos.

A repressão institucional às comunicações de forma alguma afetou o crescimento econômico dos grupos midiáticos empresariais. Pelo contrário, foi o período da ditadura que promoveu as condições técnicas, políticas e financeiras para a consolidação de desses grupos e propiciou a concentração da propriedade e a expansão de suas atividades para mídias diversificadas (ORTIZ, 2001).

Essa concentração perdura até os dias de hoje, mesmo com a proibição constitucional da existência de monopólios e oligopólios dos meios de

comunicação²⁹. O quadro que se desenha atualmente é o controle de 92% da audiência televisiva por seis empresas de mídia, sendo que a Rede Globo detém, sozinha, 56%. Dos veículos de rádio e televisão existentes no país, 39% possuem relação com as cinco maiores redes privadas comunicação, Globo, SBT, Record, Band e RedeTV. Estima-se que 340 veículos, entre canais de rádio, televisão, jornais e revistas, estejam vinculados à Globo. O SBT segue com 194 emissoras afiliadas; Band, com 166; Record, com 150; e Rede TV, com 84 (MORAES, 2011, p. 42). Esses dados corroboram a constatação de que o controle da mídia no Brasil é exercido por conglomerados de multimeios.

O mapa da exploração midiática no Brasil também se caracteriza pela pelo poderio de grupos familiares, sendo os principais Marinho (Globo), Saad (Bandeirantes), Abravanel (SBT), Civita (Abril) e Frias (grupo Folha). Estima-se que 90% da mídia brasileira sejam controlados por apenas 13 grupos familiares (MORAES, 2009).

A discricionariedade do Poder Executivo na concessão de licenças, que perdurou até 1988, foi aliada ainda à troca de favores no âmbito político, constituindo o que se denomina “coronelismo eletrônico”. As licenças de exploração de rádio e TV foram moeda de trocas políticas na ditadura e, ao que parece, essa prática permaneceu no regime democrático. Denuncia-se que, no governo Sarney, ocorreu a chamada “farra das concessões” (MOTTER, 1994)

Cerca de 31% dos canais comerciais de televisão e 40% das rádios são controlados por políticos ou ex-políticos (LIMA, 2004). Estudo realizado por Silvio Costa e Jayme Brener (1997) revela que 268 das 1.848 estações repetidoras de televisão autorizadas depois de 1995 foram entregues a empresas ou entidades controladas por políticos, constando entre os beneficiários senadores, governadores, deputados federais e estaduais, entre outros.

A lógica do uso dos meios de comunicação para fins eleitorais compatibilizou-se perfeitamente à exploração econômica pelo capital interno e externo. A relação mútua de benefícios dá sustentação à lógica privatista e excludente do espaço midiático (LIMA, 2004). Altamiro Borges (2009, p. 55) é firme ao destacar que “o processo de concentração dos meios de comunicação no Brasil

²⁹ Constituição Federal, art. 220, § 5º. Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

teve suas marcas distintivas e resultou numa mídia altamente elitista e impermeável, ligada às oligarquias familiares [...]”.

O regime neoliberal implantado após a abertura democrática aprofundou o quadro de concentração econômica. Apesar do avanço conferido ao tema da comunicação pela Constituição de 1988, reconhecendo liberdades, eliminando a censura estatal e proibindo expressamente monopólios e oligopólios nos meios de comunicação, os direitos referentes ao acesso, à participação e à democratização de conteúdos e do controle dos veículos não avançaram no campo real.

O sistema de exploração privada do CBT, a concentração vertical, a propriedade cruzada e os monopólios em cruz³⁰ sustentaram o mesmo quadro de distribuição dos veículos audiovisuais, formado na ditadura. Manobras como interpretações normativas baseadas em conceitos arcaicos, inadequados para a realidade contemporânea da comunicação, contribuem para que as garantias constitucionais referentes à comunicação ainda não tenham sido concretizadas no Brasil.

Através dos quadros apresentados, semelhanças entre o desenvolvimento do campo da comunicação no Brasil e na Argentina podem ser percebidas. Nos dois países, o ingresso de tecnologias de radiodifusão estava alinhado ao projeto de expansão global do capitalismo e foi desenhado de acordo com o papel atribuído à América Latina na divisão internacional do trabalho. A distribuição dos meios de comunicação foi operada por ditaduras militares e sua apropriação obedeceu à lógica privatista e mercadológica. Por fim, Brasil e Argentina chegaram ao século XXI com um conjunto normativo herdado dos respectivos regimes ditatoriais e aperfeiçoado pelo projeto neoliberal. Esse histórico é o resultado da aplicação do paradigma do *free flow of information* à comunicação nos dois países.

O surgimento de movimentos contestatórios do modelo midiático hegemônico e de reivindicações pela adoção de uma nova lógica para a comunicação tiveram ascenso, por ocasião da reabertura democrática. Mas, nos três últimos anos, a disputa entre projetos para o campo comunicacional teve desfechos distintos no Brasil e na Argentina.

³⁰ Venício de Lima (2009) define concentração vertical como a integração nas cadeias de produção e distribuição de conteúdos. A propriedade cruzada refere-se à detenção de diferentes tipos de mídia por um mesmo grupo. O monopólio em cruz, por sua vez, é a reprodução, em níveis local e regional, dos oligopólios nacionais (LIMA, 2004, p. 100/102).

As lutas pela democratização da mídia, na Argentina, provocaram a instituição de um novo marco regulatório dos serviços audiovisuais, com a promulgação da *Ley de Medios*. Como será visto, essa norma é animada por um conjunto de princípios que rompe com o padrão até então dominante no campo midiático e renovou o estatuto jurídico da comunicação audiovisual. O Brasil, por sua vez, não criou leis substitutivas do arcabouço normativo que proporcionou o completo domínio privado dos meios de comunicação. As incompatibilidades entre o regime constitucional de 1988 e as leis anteriores acabaram recebendo soluções no âmbito do Judiciário. A decisão mais emblemática foi proferida no julgamento da ADPF 130, que revogou a lei 5.250/67, deixando um vazio legislativo sobre matérias como direito de resposta, responsabilidade civil da mídia, entre outras.

Os interesses dos conglomerados midiáticos brasileiros têm abafado os debates sobre a democratização dos meios de comunicação. Em lugar da renovação institucional, as alternativas permitidas ao país até agora foram a manutenção de leis que privilegiam a exploração privada ou o vácuo legislativo.

A seguir, trataremos dos movimentos pelo direito à comunicação atuam na Argentina e no Brasil e as mudanças legislativas até agora alcançadas.

1.4 Movimentos contra-hegemônicos na comunicação: as lutas na Argentina e no Brasil

As influências das elaborações teóricas NOMIC e da *self reliance* mantiveram-se presentes em estudos acadêmicos e nas práticas alternativas de comunicação, mesmo depois da desarticulação do movimento. Do esvaziamento da NOMIC, seguiu-se a expansão vertiginosa da rede global de comunicação orientada pelo *free flow of information*. Os processos de desregulação e privatização, muitas vezes acompanhados de auxílios financeiros do Estado aos grupos empresariais, promoveram o crescimento de conglomerados midiáticos e o aprofundamento da concentração dos veículos de comunicação. Renata Rolim (2011, p.144) afirma que:

Quando esse modelo começou a ser implementado nos anos 1980, cinquenta corporações globais dominavam quase todos os meios de comunicação. A partir da década de 1990, esse número foi reduzido

para menos de oito, que, não por casualidade, representam os principais blocos de poder no mundo.

Esse processo foi especialmente intenso na América Latina e consolidou o padrão de restrito acesso à propriedade de meios de comunicação, analisado nos dois tópicos anteriores.

A intensificação do modelo de concentração privada baseado na lógica de mercado logo teve suas contradições. Ao lado da exclusão da imensa maioria da possibilidade de produzir e distribuir conteúdos, o século XXI (LIMA, 2004, p. 102) veio acompanhado da crescente demanda por direitos. As lutas sociais no Brasil e na Argentina, organizadas em torno das respectivas aberturas democráticas, que haviam recrudescido por cerca de duas décadas, tiveram reascenso com a crise do neoliberalismo e as pautas por mudanças sociais e ampliação de direitos retornaram à cena política.

A comunicação foi uma das temáticas inovadoras nessa agenda política e conseguiu unificar uma gama variada de movimentos sociais. Isso ocorreu por duas razões fundamentais. Primeiramente, os movimentos específicos da comunicação pública, que travavam suas próprias lutas desde a década de 1970³¹, ganharam força na década de 1980, com as reivindicações pela regularização de veículos considerados clandestinos e pela divisão democrática do espectro radioelétrico. Em segundo lugar, movimentos sociais em geral perceberam que as distorções e perseguições da grande mídia, visando desmobilizar e deslegitimar as dissonâncias com a ordem estabelecida, dificultavam sua organização política e a efetivação de suas plataformas políticas. Para fazerem avançar as pautas reivindicativas, era necessário desconstruir o poder dos meios empresariais e disputar espaço no debate público.

Tanto no Brasil como na Argentina, as novas lutas populares enfrentaram essa questão, o que veio ampliar os debates pela democratização dos meios de comunicação. Na Argentina, esse processo atingiu culminância com o estabelecimento do novo marco regulatório para o campo da comunicação audiovisual. No Brasil, o debate, a despeito de ter articulação nacional, ainda enfrenta o boicote da grande mídia, com conivência dos últimos governos.

³¹ Principalmente contra a repressão política.

Nos próximos itens, abordaremos as lutas pela democratização da comunicação nos dois países.

1.4.1 As lutas na Argentina: da resistência clandestina ao novo marco regulatório

O decreto-lei 22.285, a despeito da origem e conteúdo autoritários, permaneceu como marco regulatório da radiodifusão na Argentina durante 25 anos do regime democrático. O fim da ditadura não representou a renovação de princípios para a comunicação. Ao contrário, as oportunas concessões adjudicadas nos momentos finais da ditadura consolidaram-se no período seguinte. Como analisado no item 2.1, o modelo privatista e concentrador foi intensificado e protegido pelos sucessivos governos democráticos.

Um fator marcante no contexto da reabertura política foi a suspensão de novas concorrências para concessões de frequências de rádio e canais de televisão, em 1984³², por Raúl Alfonsín. O motivo alegado foi que não se deveriam efetivar novas adjudicações sob o regramento ditatorial. A suspensão deveria perdurar até a formulação nova lei organizativa dos meios audiovisuais.

A situação perdurou por anos e criou uma confortável ausência de concorrência para os grupos midiáticos existentes. Diante de semelhantes circunstâncias, não lhes interessava uma nova regulamentação. Nas décadas de 1970 e 1980, movimentos ligados à comunicação, cultura e outras temáticas sociais instalaram pequenas rádios em todo o país, que cumpriam relevante papel cultural e comunitário. Ricardo Porto (2013) afirma que:

Este heterogêneo grupo estaba conformado por asociaciones barriales, ONGs, comunicadores sociales alternativos, clubes y sociedades de fomento, pequeñas cooperativas, iglesias y cultos de diverso signo, entidades culturales, bailantas, entre otros.

Esses veículos tinham em comum sua situação à margem da lei, pois, como mencionado, o decreto 22.285 impedia que entidades sem fins lucrativos explorassem sinais de radiodifusão. A normatização restritiva e excludente advinha

³² Vide seção 1.3.1 deste capítulo.

da aliança entre o poder político e os grandes grupos de comunicação, iniciada no regime militar e mantida durante os governos democráticos. Tal acordo exigiu a perseguição estatal das rádios comunitárias, declaradas clandestinas.

Os entes comunitários apelaram ao Judiciário no enfrentamento das perseguições administrativas e policiais. Alegava-se a inconstitucionalidade do dispositivo que vedava o acesso de entidades sem fins lucrativos à exploração de meios audiovisuais e a prolongada suspensão dos concursos para novas concessões. Postulava-se que a condição de marginalidade das rádios era causada pelo Estado, que, por um lado, mantinha um impedimento ilegítimo e, por outro, não disponibilizava meios legais de acesso. O funcionamento de muitos veículos foi garantido através de decisões judiciais.

Em 1989, o governo central disponibilizou um processo de regularização das rádios ilegais. No entanto, permanecia a exclusão das entidades sem fins lucrativos. A quebra dessa barreira veio com o caso emblemático da rádio La Ranchada, operada pela ONG Carlos Mugica (PORTO, 2013). A ONG impugnou judicialmente o dispositivo que estabelecia a restrição, alegando que, em razão dela, estava impedida de participar do procedimento de regularização. O processo judicial resultou na declaração de inconstitucionalidade do art. 45 do decreto-lei 22.285, pela Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A conquista foi um passo importante para os movimentos sociais, mas a perspectiva, nesse momento, não se resumia ao reconhecimento das rádios ou à conquista da possibilidade de acesso ao espectro radioelétrico. Os grupos sociais envolvidos perceberam que as perseguições, vedações e dificuldades de manutenção dos veículos não se deviam apenas aos dispositivos legais. O contexto de negação do direito à comunicação era mais profundo e as demandas extrapolavam os limites das normas positivadas.

A constituição do direito não se consuma nas regras e procedimentos formais, adotados pelos órgãos oficiais. Uma concepção de direito circunscrita ao campo da institucionalidade e às possibilidades que a norma positivada oferece limita demais o fenômeno jurídico. A visão construtivista procura extrapolar esses limites, compreendendo que o direito não é alheio ao contexto social e à história, como demonstra Ramiro Álvarez Ugarte (2013):

Una perspectiva *constructivista* del derecho entiende que él no es solamente el producto del debate legislativo o de razonamientos judiciales: es el resultado de procesos culturales complejos en los que intervienen distintos actores sociales e institucionales, desde diferentes posiciones de jerarquía y poder y con distintos recursos a su disposición [...]. Una mirada constructivista revela que actores que se creían desapoderados tienen *cierta* capacidad de incidencia en los procesos políticos a través de lo que Scheingold (2004) llamó *la política de los derechos*, es decir, los reclamos que la sociedad civil hace frente al Estado por fuera de las relaciones de representación establecidas a través de elecciones y partidos políticos.

Essa posição ante o direito dialoga como a acepção de direitos humanos como processos de luta, proposta por Joaquim Herrera Flores (2005) e pautou alguns caminhos adotados pelos movimentos sociais nas lutas pela direito à comunicação.

Sem que se depositassem total confiança ou objetivos estratégicos no Direito, sua instrumentalização tática seria possível. Ficava muito claro aos movimentos que a criação a substituição do marco regulatório da mídia audiovisual, plasmado por novo paradigma, representaram um avanço fundamental na luta pelo direito à comunicação. Para Julieta Lemaitre Ripoll (2009), na tensão dinâmica dos movimentos sociais com a ferramenta jurídica revela que:

Para los activistas el derecho aparece por una parte como una amenaza constante, amenaza de desmovilización, de quedarse en puras promesas, de que la ley, a fin de cuentas, siempre se pone del lado del fuerte. Y por la otra, aparece el derecho como una esperanza no sólo de beneficios reales, sino de la posibilidad de resinificar identidades (p. 392).

O empreendimento para conquista de uma nova norma foi encampado por sujeitos individuais e coletivos do campo popular. Em 2003, um conjunto de diversificado de movimentos sociais vinculados à comunicação formou a Coalizão por uma Radiodifusão Democrática, que Ricardo Porto (2013) descreve como

Un variado grupo integrado por universidades, sindicatos de trabajadores de la comunicación, organismos de derechos humanos, cooperativas, radios comunitarias, movimientos de pueblos originarios, representantes de la cultura, entre otros.

No desígnio de propor o novo paradigma da comunicação pública no país, a Coalizão promoveu estudos, debates e encontros em nível nacional, sintetizando

suas propostas nos 21 Pontos para uma Radiodifusão Democrática, “un punto por cada año de deuda con la liberación de la palabra” (PORTO, 2013).

O documento, apresentado em 2004, foi intensamente discutido em encontros, fóruns e congressos por todo o país.

Até que, em 2009, a conjuntura política propícia permitiu a aprovação da lei 26.522, novo marco regulatório dos serviços audiovisuais. A *Ley de Medios*, como ficou conhecida, foi elaborada a partir dos debates promovidos pela Coalizão. Seu conteúdo inspira-se nos 21 Pontos e representa sínteses das reivindicações populares, que unificaram categorias sociais diversas.

A norma estabelece regramentos a partir de conceitos e princípios até então alijados no espaço midiático argentino. Ao tempo em que, no artigo 1º, define como seu objeto os serviços de radiodifusão, estabelece para o Estado compromissos nesse campo, definindo diretrizes fundamentais, como o desenvolvimento de mecanismos que promovam a desconcentração e o fomento da concorrência e tenham como finalidade baratear, democratizar e universalizar as novas tecnologias de informação e comunicação.

No artigo 2º, a norma define a radiodifusão como atividade de interesse público e fundamental para o desenvolvimento sociocultural. Esse significado que serve de parâmetro para a compreensão global da lei e revela as bases conceituais que influenciaram a elaboração sua elaboração, sinalizando um rompimento com o paradigma até então hegemônico no setor.

Os novos parâmetros da norma estabelece um estatuto diferenciado e criam uma nova disposição de papéis para os sujeitos do processo comunicacional, considerando Estado, setor empresarial e entidades sem fins lucrativos.

A lei também reconhece o direito humano à comunicação, em consonância com o texto da Constituição Argentina, e o define como a prerrogativa inalienável de expressar, receber, difundir e investigar informações, ideias e opiniões. Os meios audiovisuais e suas atividades são compreendidos como formas de manifestação e concretização desse direito humano. Por esta via, reforça-se a ideia de comunicação audiovisual como atividade instrumental, que deve ser exercida com vistas ao cumprimento dos interesses e direitos mencionados pela norma.

Nesse sentido, dentre os principais objetivos estabelecidos pela *Ley de Medios* para os serviços de comunicação audiovisual, constam a difusão de garantias e direitos constitucionais fundamentais (art. 3º, c), a defesa da pessoa

humana e dos direitos de personalidade (art. 3º, *d*), a promoção da cultura popular e o desenvolvimento cultural, educacional e social da população (art. 3º, *f*), a participação e difusão de pontos de vista plurais (art. 3º, *i*), a promoção da igualdade de gênero (art. 3º, *m*) e a preservação e promoção da identidade e valores dos Povos Originários (art. 3º, *n*).

A *Ley de Medios* conferiu ainda papéis proativos para o Estado e os sujeitos individuais e coletivos do campo comunicacional, para que atuem na garantia das finalidades precípua dos meios audiovisuais. Esses parâmetros legais inovadores para a comunicação audiovisual não significou apenas de uma mudança na linguagem jurídica. Ao longo dos 166 artigos, a lei 26.522 e respectivas regulamentações instituem mecanismos voltados à implementação material dos desdobramentos desse novo paradigma normativo.

Nesse sentido, os dispositivos que mais afetaram a prática consolidada no campo audiovisual foram os que determinaram a desconcentração do mercado e as novas formas de distribuição das licenças, notadamente os artigos 41, 45, 48 e 161. Como será visto no capítulo 3, esses artigos foram alvo de questionamento judicial.

Apenas em 2013, com a decisão da CNJL, o texto integral da *Ley de Medios* adquiriu vigência, já que, desde 2009, os dispositivos impugnados haviam sido suspensos.

A despeito das críticas quanto à falta de implementação correta da norma e à aplicação discricionária dos dispositivos, a demora do governo em realizar o estudo técnico para a divisão equitativa do espectro audiovisual entre o Estado, entes privados e entes sem fins lucrativos, entre outras, a *Ley de Medios* constitui um marco fundamental na Argentina. Sua formulação a partir de amplo debate social e seu conteúdo democratizante tornam a norma referência internacional no direito à comunicação.

1.4.2 As lutas no Brasil: movimentos pela democratização da mídia e debates no espaço institucional

A experiência dos veículos comunitários e autônomos, durante a ditadura militar, foi marcada pelo enfrentamento à censura estatal e à apropriação privada e concentrada dos meios. Muitos órgãos de imprensa e rádio foram relegados à

margem da legalidade, seu desafio maior era a sobrevivência na clandestinidade e, no caso dos veículos combativos ao regime, a segurança dos participantes. A crítica à censura era a pauta que unificava esses sujeitos, que estavam ligados a diferentes grupos e projetos políticos.

O desgaste do regime autoritário, no final da década de 1970, foi propício à reorganização das lutas populares reprimidas. O contexto social do Brasil, transformado pela “apropriação de terras, deslocamentos de populações rurais, urbanização desordenada, ampliação das camadas médias, degradação dos níveis salariais” (ROLIM, 2011, p. 81), evidenciava as contradições geradas pelo aprofundamento do capitalismo no país. Para os movimentos do campo popular, a transformação exigida não se resumia à mudança no regime político, bandeira consensual entre os variados setores sociais não (ou não mais) alinhados à ditadura.

Organizações de dimensão nacional, como a Central Única dos Trabalhadores (CUT), o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), as Comunidades Eclesiais de Base (CEBs) e o Partido dos Trabalhadores (PT), emergiram à cena política. Suas pautas progressistas, mesmo não sendo homogêneas, convergiam para transformações estruturais no Brasil, conduzidas a partir da luta de classes. Ao mesmo tempo, a nova realidade apontava a necessidade da reformulação tática das lutas.

A leitura apenas economicista, que majoritariamente baseou as ações dos partidos de esquerda àquela época, era insuficiente para a compreensão da realidade complexa do final do século XX. Se o elemento de luta de classes deveria ser retomado pelos movimentos sociais, seu conceito precisava ser ampliado, para incorporar novos temas e novos sujeitos sociais.

Essa problemática prática e teórica encontrou respostas nos escritos de Antonio Gramsci (2010, p.261-262), datados do início do século XX. Para o filósofo italiano, nesse momento histórico já se consolidava uma transformação superestrutural no mundo capitalista que a maioria do movimento revolucionário não percebera. Nos países ocidentais³³, a sustentação política das sociedades cindidas em classes não se era mais consubstanciada na pura coercitividade, mas sim na

³³ A distinção países ocidentais versus orientais em Gramsci não é geográfica, “mas refere-se a tipos de formação econômico-social, em função sobretudo do peso que neles possui a sociedade civil em relação ao Estado” (COUTINHO, 2007, p.82).

constituição de um *consenso* no seio da sociedade civil. Partindo do conceito de intelectuais orgânicos³⁴, ele expunha a importância da hegemonia:

[...] podem-se fixar dois grandes planos superestruturais: o que pode ser chamado de 'sociedade civil' (isto é, o conjunto de organismos designados vulgarmente como 'privados') e o da 'sociedade política ou Estado', planos que correspondem, respectivamente, à função de 'hegemonia' que o grupo dominante exerce em toda a sociedade e àquela de 'domínio direto' ou de comando, que se expressa no Estado e no governo 'jurídico'. Estas funções são precisamente organizativas e conectivas. Os intelectuais são os 'prepostos' do grupo dominante para o exercício das funções subalternas da hegemonia social e do governo político, isto é: 1) do consenso 'espontâneo' dado pelas grandes massas da população à orientação impressa pelo grupo fundamental dominante à vida social, consenso que nasce 'historicamente' do prestígio (e, portanto, da confiança) obtida pelo grupo dominante por causa de sua posição e de sua função no mundo da produção; 2) do aparelho de coerção estatal que assegura 'legalmente' a disciplina dos grupos que não 'consentem', nem ativa nem passivamente, mas que é constituído para toda a sociedade na previsão dos momentos de crise no comando e na direção, nos quais desaparece o consenso espontâneo (GRAMSCI, 2010, p.20-21).

Portanto, nessas civilizações, a tática de luta mais adequada seria a disputa cultural, moral e organizativa nos aparelhos da sociedade civil, para constituir valores contra-hegemônicos e a conformar um novo bloco histórico:

[...] Mas, a partir do momento em que um grupo subalterno tornar-se realmente autônomo e hegemônico, suscitando um novo tipo de Estado, nasce concretamente a exigência de construir uma nova ordem intelectual e moral, isto é, um novo tipo de sociedade e, conseqüentemente, a exigência de elaborar os conceitos mais universais, as mais refinadas e decisivas armas ideológicas (GRAMSCI, 2006, p. 225).

Nesse esteio, a resistência e as lutas por transformações não poderiam ser direcionadas apenas à instituição estatal, identificada estreitamente. Seria preciso resistir a todas as formas de controle social exercidas pelo sistema capitalista moderno, em todos os âmbitos de vida. Renata Rolim (2011, p. 83) afirma que:

Novas formas de organização, portanto, colocavam-se no horizonte que, ao contrário de beneficiar a centralização e a delegação da

³⁴ Para uma abordagem mais profícua sobre o tema "intelectuais", consultar o Caderno 12 disponível no Volume II dos Cadernos do Cárcere.

autoridade aos dirigentes, estimulou a participação democrática interna ao valorizar o indivíduo e seu potencial como agente da história. E, ainda, a construção das identidades dos agentes coletivos também deixou de privilegiar as posições na estrutura econômica para suscitar questões relacionadas com as dimensões culturais e simbólicas, entre elas a subjetividade e a vida cotidiana.

Novos movimentos sociais³⁵ surgiram na Europa e na América Latina referenciados nesses pressupostos e dedicados a temáticas como gênero, liberdade sexual, ecologia, pacifismo, discriminação racial, entre outras. Nessa vertente, tiveram lugar novas propostas de organização e uso dos meios de comunicação de massa, como palco privilegiado da luta política.

Os movimentos pela instituição de uma nova comunicação social tiveram inspiração nas elaborações teórico-políticas de Paulo Freire (1992)³⁶. À pauta da desconcentração dos meios e ampliação do acesso se acrescia a reflexão sobre o papel da comunicação na emancipação humana e na transformação social. Paulo Freire (1992) criticava o padrão comunicacional por seu perfil autoritário, pela supressão do diálogo e pela objetificação dos sujeitos. A esse instrumento, que perpetuava a dominação dos seres humanos, deveria ser contraposta uma prática comunicacional emancipadora. Nas palavras do pedagogo brasileiro:

O sujeito pensante não pode pensar [...] sem a co-participação de outros sujeitos no ato de pensar sobre o objeto. Não há um “penso”, mas um “pensamos”. É o “pensamos” que estabelece o “penso” e não o contrário. Esta co-participação dos sujeitos no ato de pensar se dá na comunicação. O objeto, por isto mesmo, não é a incidência terminativa do pensamento de um sujeito, mas o mediatizador da comunicação [...] implica numa reciprocidade que não pode ser rompida. Desta forma, na comunicação, não há sujeitos passivos. Os sujeitos co-intencionado ao objeto de seu pensar se comunicam seu conteúdo. O que caracteriza a comunicação enquanto êste comunicar comunicando-se, é que ela é diálogo, assim como o diálogo é comunicativo. (FREIRE, 1992, p. 45)

Essa concepção embasou organizações e atores políticos coletivos no campo da comunicação e suas pressões tiveram certa reverberação na Constituinte de 1988, que estabeleceu novo estatuto principiológico. No entanto, a força exercida

³⁵ Destaque-se, todavia, que parcela dos novos movimentos sociais não se referenciava nos pressupostos marxistas de Gramsci e, ademais, até representavam a crise do marxismo enquanto filosofia da práxis dos grupos e classes subalternos.

³⁶ Como mencionado em oportunidade anterior. *Vide* seção 1.1.2.

pelos grupos midiáticos impediu mais avanços na Constituição e os sucessivos governos não lhe deram concretude.

Pelo contrário, os mandatos pós-Constituição de 1988 omitiram-se quanto às regulamentações necessárias para democratizar do setor midiático. Por outro lado, foi profícua a produção legislativa – incluindo emendas constitucionais – e ações administrativas para reforçar o modelo privatista e oligopolista foi profícua. Como se demonstrou no item 2.2, os governantes brasileiros continuaram a adotar, para a comunicação, medidas baseadas na lógica privatista e concentradora, aliada ao coronelismo eletrônico.

Na década de 1990, a proliferação de pequenas emissoras de que funcionavam sem licença estatal impulsionou uma contundente repressão estatal, apoiada pela grande mídia. Os veículos alternativos de radiodifusão resistiam à perseguição e, ao mesmo tempo, os movimentos na comunicação social contestavam o avanço das privatizações.

Estima-se que, nessa época, de cinco a dez mil rádios operavam clandestinamente em todo o país (COELHO *apud* Rolim, 2001). Entre os controladores desses veículos, constavam movimentos sociais e de trabalhadores, grupos culturais, ONGs, igrejas e agentes que exploravam comercialmente as emissoras.

O quadro de perseguições foi perpetrado pela criminalização de operadores, baseada no art. 70 do CTB e no art. 183 da lei 9.472/97³⁷, apreensões de equipamentos e campanhas difamatórias da grande mídia³⁸. Essa conjuntura motivou a articulação das emissoras, cuja resistência culminou em denúncias contra os abusos policiais e recursos ao Poder Judiciário. A manutenção de muitas rádios foi garantida por liminares, que adotaram como parâmetros liberdades constitucionais e o art. 13.3 do Pacto de São José da Costa Rica³⁹.

³⁷ CTB, Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.

Lei 9.472/97, Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação: Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

³⁸ As emissoras eram chamadas depreciativamente de rádios piratas e campanhas publicitárias incentivavam a população a denunciá-las (ROLIM, 2011, 116).

³⁹ Que proíbe o abuso do Estado no controle das frequências radioelétricas, conforme segue: Art. 13.3. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios

A resistência das rádios avançou para o debate acerca da legalização. O papel do instrumento jurídico na democratização da comunicação foi tema de discussões e encontros promovidos em todo o país e dividiu opiniões no movimento. O histórico repressor das leis e das instituições estatais, além do coronelismo eletrônico, plantava um enorme ceticismo quanto à possibilidade de que a regulamentação proporcionasse algum benefício. Em *El Derecho a la Protesta*, Roberto Gargarella (2005, p. 130) resume esse sentimento quanto ao direito argentino e o mesmo poderia ser aplicado ao contexto brasileiro:

En nuestro país, como en otros, el derecho acostumbra a hacer lo que no debe, maltrata a quien debe cuidar, persigue a quien debe proteger, ignora a quienes debe mayor atención y sirve a quienes debe controlar.

Por cima das discussões internas do movimento, o marco regulatório da radiodifusão comunitária adveio em 19 de fevereiro de 1998, com a lei 9.612. Venício de Lima (2011) analisa que a medida não foi o caminho ideal em direção à democratização do acesso e conteúdos da radiodifusão, pois sua elaboração constituiu muito mais na resposta oficial ao problema prático do número crescente de pequenas emissoras clandestinas. O sociólogo considera que:

A aprovação de uma legislação específica para a radiodifusão comunitária foi, em grande parte, uma reação do Estado a uma realidade de fato: a existência de um grande número de rádios não outorgadas, boa parte delas de baixa potência, que já operavam no país. As estatísticas variam desde 2 mil a até 20 mil rádios funcionando sem licença em 1998 [...] (LIMA, 2011, p. 118).

O contexto de debates e reivindicações em torno da comunicação permaneceu nos anos seguintes, revezando entre descensos e ascensos. A saída do PSDB e chegada do PT à Presidência da República não alterou o quadro normativo-institucional da comunicação pública no país. Uma novidade, porém, foi a realização de fóruns oficiais para debater a comunicação.

Duas décadas após a promulgação da Constituição de 1988, em dezembro de 2009, aconteceu a I Conferência Nacional de Comunicação (I CONFECOM), convocada em abril de 2009, por decreto presidencial. O espaço destinava-se

estabelecer sínteses referenciais para a política em comunicação do Estado, através de debates através de debates entre os principais atores da comunicação pública. A I CONFECOM foi composta por representantes da sociedade civil com fins lucrativos, sociedade civil sem fins lucrativos e Estado, na proporção de 40, 40 e 20 por cento⁴⁰.

As discussões na comissão organizadora da Conferência pela definição dos temas explicitaram a distância entre os interesses das diferentes representações. Enquanto as entidades empresariais pretendiam focar os debates na proteção do mercado nacional ante a convergência tecnológica, a sociedade civil propunha trazer à tona os novos desafios tecnológicos e problemas antigos, como a concentração dos meios e o controle social dos serviços midiáticos. Este último tema foi o elemento de maior discordância.

O tema da I CONFECOM foi “Comunicação: Meios para Construção de Direitos e Cidadania na Era Digital”, dividido em três eixos: produção de conteúdo; meios de distribuição e cidadania e direitos e deveres. Antes do encontro nacional, em Brasília, foram realizadas etapas municipais, estaduais e distritais, para eleição dos delegados, na proporcionalidade 40-40-20. O regulamento da I CONFECOM também determinava que as propostas consideradas “sensíveis” deveriam alcançar o *quorum* de 60% para aprovação (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 2009).

Após tumultuado processo, que culminou com a retirada dos representantes empresariais, o plenário da I CONFECOM aprovou 663 proposições. Entre as mais importantes estão a afirmação da comunicação como direito humano e a reivindicação de sua inclusão no rol constitucional, proposição que visa incorporar o conceito elaborado no contexto de lutas sociais ao direito positivo, e a criação do Conselho Nacional de Comunicação, com vistas a suprir o vácuo institucional no campo da comunicação.

As medidas para diversificação de conteúdos, inclusão de novos atores e expansão do caráter público são expressas nas proposições de combate à concentração midiática, com a instituição de limites à propriedade vertical, horizontal e privada, e regulamentação dos sistemas público, privado e estatal de comunicação. A Conferência aprovou também demandas para reduzir a repressão,

⁴⁰ A definição dessa divisão foi o primeiro impasse da comissão organizadora da I CONFECOM. Os representantes da sociedade civil sem fins lucrativos propunham que, nas votações, a proporção de 80% dos membros civis não discriminasse entre delegados com e sem fins lucrativos, o que não foi aceito pelas empresas de mídia participantes (ROLIM, 2010).

como indicação de descriminalização da radiodifusão comunitária, e pela revisão das antigas práticas de adjudicação e renovação de concessões, propondo democratização e transparência nesses processos.

Por fim, a postulação pela implementação do combate a violações de direitos humanos nas comunicações visa criar as bases do controle social, ponto especialmente sensível para os setores da mídia empresarial. E a proibição de outorgas para políticos em exercício de mandato eletivo afeta interesses da classe política que se beneficia da exploração midiática.

A maioria desses temas foi apresentada no espaço institucional pela primeira vez. As proposições aprovadas indicam as principais reflexões e reivindicações dos movimentos sociais e populares no campo da comunicação. Por outro lado, o contexto de realização da I CONFECOM e a posição adotada pela mídia empresarial explicitam quem são os principais antagonistas dessas reivindicações. A postura dos grandes órgãos de imprensa se dividiu entre o silenciamento total a respeito da Conferência e a publicação de notas de reprovação, como se depreende da assertiva de Dênis de Moraes (2011, p. 11):

A mídia boicotou a Conferência e minimizou o noticiário a respeito. Editoriais falavam em “riscos à liberdade de expressão” se as pressões regulatórias fossem aceitas por Lula e seu bloco de sustentação parlamentar. O revide não parou por aí. Em março de 2010, o empresariado do setor promoveu o “Fórum Democracia e Liberdade de Expressão”, em São Paulo, cujo objetivo era “debater as ameaças à liberdade de expressão e, consequentemente, à democracia.

O referido Fórum foi realizado pelo Instituto Millenium, organização que reúne, entre seus financiadores, grandes grupos midiáticos e jornalistas de viés conservador, como Arnaldo Jabour e Reinaldo Azevedo.

Na mesma época, o III Programa Nacional de Direitos Humanos, aprovado em 21 de dezembro de 2009, pelo Decreto n. 7.037, também provocou diversas reações. Os avanços do PNDH III em várias temáticas importantes acirraram posições conservadoras e o seu repúdio ao conjunto do Programa. A Diretriz 22 do PNDH III, que trata da “Garantia do direito à comunicação democrática e ao acesso à informação para a consolidação de uma cultura em Direitos Humanos”, foi alvo dessas investidas.

A diretriz se dividia em dois objetivos estratégicos: “I. promover o respeito aos Direitos Humanos nos meios de comunicação e o cumprimento de seu papel na promoção da cultura em Direitos Humanos” e “II. garantia do direito à comunicação democrática e ao acesso à informação”. A ênfase dada ao problema da concentração privada, bem como aos temas da democratização do acesso e dos conteúdos e a submissão dos meios de comunicação ao interesse público é sintomática de sua premência.

A postura assumida pelos grupos midiáticos empresariais foi no mesmo sentido adotado contra a I CONFECOM. Em nota pública, a Associação Nacional dos Jornais (ANJ), Associação Nacional dos Editores de Revista (ANER) e a Associação Brasileira de Rádio e Televisão (ABERT) manifestaram “sua perplexidade diante das ameaças à liberdade de expressão contidas no Decreto n. 7.037 [...]”. Segue nota na íntegra:

A propósito de defender e valorizar os direitos humanos, que estão acima de qualquer questionamento, o decreto prevê a criação de uma comissão governamental que fará o acompanhamento da produção editorial das empresas de comunicação e estabelecerá um ranking dessas empresas, no que se refere ao tema dos direitos humanos. O decreto prevê ainda punições -e até mesmo cassação de outorga, no caso dos veículos de radiodifusão- para as empresas de comunicação que não sigam as diretrizes oficiais em relação aos direitos humanos. A defesa e valorização dos direitos humanos são parte essencial da democracia, nos termos da Constituição e de toda a legislação brasileira, e contam com nosso total compromisso e respaldo. Mas não é democrática e sim flagrantemente inconstitucional a ideia de instâncias e mecanismos de controle da informação. A liberdade de expressão é um direito de todos os cidadãos e não deve ser tutelada por comissões governamentais. As associações representativas dos meios de comunicação brasileiros esperam que as restrições à liberdade de expressão contidas no decreto sejam extintas, em benefício da democracia e de toda a sociedade (ABERT; ANJ; ANER, 2010).

É possível perceber, na reprovação pública dos entes midiáticos empresariais, mais uma vez, o recurso ao discurso da liberdade na defesa de interesses econômicos, o que nos remete às primeiras reflexões deste capítulo. O reclamo pela não intervenção, como único mecanismo de garantia da liberdade, revela o referencial liberal clássico no argumento da ABERT, ANJ e ANER.

O alcance de fóruns institucionais, como a I CONFECOM e o PNDH III, contudo, não foi sinônimo de grandes avanços no campo da comunicação. A

influência exercida pela grande mídia sobre governos, parlamentos e Judiciário, no Brasil, ainda é decisiva e, até o momento, não houve conjuntura política propícia à quebra do bloqueio e implemento de um novo paradigma comunicacional.

As características mais marcantes do campo midiático – concentração privada, lógica mercantil e coronelismo eletrônico – estão imbricadas na sustentação das demandas do grande capital e da racionalidade hegemônica.

No capítulo seguinte, essa gama de influências históricas e políticas no Brasil e na Argentina será evidenciada pela análise das decisões do STF e da CSJN.

2 INFLUÊNCIAS TEÓRICAS NOS JULGAMENTOS: PRINCÍPIOS, TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E TÉCNICA DA PONDERAÇÃO COMO REFERENCIAIS HERMENÊUTICOS

Para a compreensão do objeto principal deste estudo, revela-se necessário elucidar as influências teóricas, as técnicas interpretativas preponderantes nos processos decisórios das ações brasileira e argentina e os conceitos jurídicos a elas agregados.

O caminho hermenêutico observado nas ações foi orientado por critérios valorativos e principiológicos. É possível identificar, nas duas Cortes, a influência de conceitos da corrente teórica da jurisprudência dos valores, revisitados por autores contemporâneos.

A técnica da ponderação de princípios, sistematizada no campo da teoria da argumentação jurídica, por Robert Alexy, é destaca-se na decisão argentina. Foi por meio dela que o relator e algumas das alegações das partes sustentaram suas reflexões. Na decisão brasileira, a técnica foi levantada em votos apartados, conforme será pormenorizado. Dedicamo-nos, neste segundo capítulo, a delinear os elementos principais das referidas concepções, o espectro de suas influências teóricas e, no caso da ponderação, os aspectos de sua aplicação.

2.1 Acerca da ideia de valor: um resgate prévio de elementos da jurisprudência dos valores

Conforme Karl Larenz (1997, p. 165), uma das importantes discussões na metodologia da ciência jurídica foi colocada pela jurisprudência dos valores (ou jurisprudência da valoração). Desde a década de 1950, esse campo do pensamento jurídico tem levantado que o problema da interpretação das leis e da aplicação do Direito perpassa não somente pela subsunção, que, pautada por critérios de lógica formal, opera-se a partir da ocorrência material da hipótese normativa, derivando a consequência prescrita pelo dispositivo legal.

A dogmática tradicional, no século XIX, apoiava-se preponderantemente na jurisprudência dos conceitos, primeira vertente interna do positivismo jurídico. No

início do século XX, ainda no campo positivista, a jurisprudência dos interesses propôs a incorporação do elemento teleológico à descrição e aplicação do Direito, levando em consideração os conflitos de interesses nos níveis abstrato e concreto. Philipp Heck foi o autor mais representativo dessa vertente, na qual já se apresentava a questão das “intencionalidades” subjacentes ao sistema jurídico.

A jurisprudência dos interesses enfrentou problemas conceituais e metodológicos advindos do caráter abstrato do conceito de interesse e muitos dos seus adeptos reconheceram a necessidade de que as pretensões das partes num litígio fossem diferenciadas dos critérios legais de valoração⁴¹. A jurisprudência dos valores deu um novo tratamento ao problema da valoração e, rompendo com o positivismo jurídico, propôs a incorporação de conceitos como justiça, ética, correção moral, dentre outros, à teoria do Direito, aceitando, além da norma positivada, elementos axiológicos como componentes do sistema jurídico. Conforme essa vertente, ao regular as situações sociais, o legislador não apenas teria em vista o conflito bilateral entre as partes. Tal regulação também se reporta à estrutura global da ordenação, consubstanciada em princípios e objetivos que orientam o modo de produzir a norma e lhe atribuem um papel na sociedade. Dessa forma, as valorações estabelecidas pelas leis são parte essencial e inegável do fenômeno jurídico e devem integrar o conceito de Direito.

O papel da hermenêutica seria extrair dos valores que influenciam a produção normativa uma compreensão holística do sistema jurídico. A aplicação do Direito, por sua vez, não poderia deixar de levá-los em conta. Este é o primado básico da jurisprudência dos valores, que conta com diversas correntes e tem exercido inegável influência sobre a atividade jurisprudencial.

A admissão da valoração no conceito de Direito e na teoria da norma, com a incorporação dos primados que motivam a produção legislativa, fazem surgir as principais questões sobre as quais se debruça este paradigma teórico. Temas como reconhecimento dos valores subjacentes à norma; o parâmetro a ser utilizado nos casos de difícil interpretação; e a valoração dos fatos ante a hipótese normativa, foram assuntos problematizados. A questão central, que perpassa todas as outras, coloca-se quanto à possibilidade de conciliar a ideia de valoração com o pensar e o agir racional.

⁴¹ Que seriam “corolários da ideia de justiça, inferidos pelo legislador desse fim último” (LARENZ, 1997, p. 164).

As problemáticas acima levantam muitas controvérsias em torno da jurisprudência dos valores, especialmente quanto à racionalidade e a segurança jurídica das decisões que incorporam elementos axiológicos. Sem dúvida, o maior enfrentamento dessa corrente se dá com o positivismo jurídico clássico, que defende a teorização descritiva, e não prescritiva, do sistema jurídico e a elaboração de métodos de reconhecimento e decisão judicial baseados na autoridade da fonte produtora das normas. Para essa corrente, com a inserção dos valores, preceitos como o reconhecimento de validade das normas, a fidelidade aos comandos legais e a divisão dos poderes, especialmente a delimitação clara entre o papel do juiz e do legislador, estariam sendo subvertidos.

Muitas críticas levantadas⁴² apresentavam pertinência e as tentativas de refutá-las levaram ao desenvolvimento de diversas matizes no contexto da jurisprudência dos valores. Tendo em comum a consideração dos valores como elementos subjacentes ao ordenamento jurídico, algumas correntes divergem quanto à origem desses valores⁴³, quanto à forma de conhecê-los e quanto ao método de decisão judicial (LARENZ, 1997). O principal problema sobre o qual se debruçam os adeptos da jurisprudência dos valores, pois, poderia ser sintetizando em duas questões.

A primeira se conforma em que, mesmo quando a norma jurídica possui expressão textual clara, sempre precisará ser interpretada. O método subsuntivo, calcado por critérios gramaticais, formais e lógicos, sozinho é insuficiente para a compreensão adequada do significado de um preceito jurídico, termo ou conceito, considerado na estrutura global do sistema.

A segunda apresenta-se na constatação de que os fatos, antes de subsumidos à norma, também precisam ser interpretados, ou seja, devem ser compreendidos à luz da norma e dos critérios adotados na interpretação da norma. Ao considerar um fato material diante da hipótese de incidência, o aplicador do Direito exerce uma hermenêutica dúplice e reciprocamente alimentada do fato e da descrição normativa do fato, até concluir ou não pela incidência.

Diante desse quadro, algumas pretensões guiam a produção teórica na jurisprudência da valoração. De um lado, empreende-se a formulação de um caminho para o reconhecimento adequado dos valores considerados pelo

⁴² Por autores positivistas como Herbert Hart e Joseph Raz.

⁴³ Se advém da norma positiva ou tem existência objetiva independente.

ordenamento jurídico e o modo apropriado de atribuir-lhes sentido. De outro, busca-se a justificação racional da valoração adotada pelo intérprete na aplicação do Direito. A essa segunda tarefa vincula-se a questão de se é ou não possível eliminar a subjetividade e, com isso, a imprevisibilidade, nas decisões que utilizam critérios valorativos.

Larenz (1997, p. 165-167) apresenta a problemática nos termos seguintes:

[...] não é de todo possível ao juiz, na maioria dos casos, chegar à decisão estritamente com base na lei, e, porque esta carece de interpretação e a interpretação é mais ou menos discricionária ou requer dele a emissão de um juízo de valor, subsiste a questão de se saber o que é que realmente motivou o juiz na sua decisão – no lugar da ciência normativa do Direito, que comprove como *deva* ele decidir, subentra uma ciência factual, uma psicologia ou uma sociologia judiciária [...] A ciência jurídica labora [...] com base em modos de pensamento como analogia, comparação de casos, conformação de tipos e concretização de critérios abertos de valoração, que possibilitam essa abordagem. A passagem a uma Jurisprudência de Valoração requer que a metodologia clarifique a especificidade destes modos de pensamento e a sua relação com os instrumentos tradicionais de pensamento (elaboração de conceitos, construção jurídica subsunção).

Da incorporação dos valores, advém a necessidade de novos métodos de compreensão e aplicação do Direito, associados a uma fundamentação que os justifique racionalmente.

Algumas correntes na jurisprudência da valoração adotam o pressuposto de que valores não são susceptíveis de fundamentação e, dessa forma, não faz sentido falar em controle racional. Entretanto, a maior parte dos autores defende a possibilidade de incorporação racional dos valores à compreensão do Direito e à decisão judicial, partindo de dois critérios fundamentais.

O primeiro é a definição da natureza e origem dos valores, que demanda a reformulação do conceito de Direito. Alguns autores defendem que os valores têm existência objetiva e são pré-positivos; outros, que derivam da moralidade social corrente; e há os que consideram apenas os valores positivados na ordem jurídica pelo legislador. Emergiram à cena do pensamento jurídico desde postulações que retornam ao jusnaturalismo tradicional, àquelas que procuram reformular o

positivismo jurídico, buscando incorporar o elemento valorativo sem transgredir suas bases fundamentais⁴⁴.

O segundo refere-se à forma de interpretar e decidir no Direito, cuja justificação exige a elaboração de um método específico. A atribuição de racionalidade à consideração de valores numa deliberação judicial depende do desenvolvimento de um procedimento racional na interpretação e tomada de decisão.

Ronald Dworkin (2002), por exemplo, defendeu que a racionalidade no Direito está atrelada à observância da ordem social de valores. A decisão judicial adotada deve obedecer preceitos positivados e conformar-se aos valores incorporados à sociedade, expressos através de princípios⁴⁵. É possível chegar à compreensão exata de um comando normativo por meio de avaliação valorativa, pois, através de todos os elementos relevantes para o caso (preceitos normativos, contexto social, regras morais), o julgador teria à sua disposição o caminho para chegar à resposta correta (ou “mais correta”) de um problema jurídico. Dworkin (2002) considera que não há discricionariedade na decisão baseada nesses postulados e existiria uma única resposta para cada problema judicial⁴⁶.

Outros teóricos abordam o problema da racionalidade no Direito e nas decisões judiciais dando enfoque ao procedimento. É o caso de Robert Alexy (1988), que parte do postulado de que o discurso jurídico seria uma forma específica de discurso racional. O autor diverge da hipótese da única resposta correta⁴⁷ e, influenciado por uma compreensão procedimentalista da razão, contribuiu para o desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica e sistematizou o método de ponderação de princípios, para a tomada de decisão judicial.

⁴⁴ São as correntes do pós-positivismo, positivismo institucional, positivismo normativo, entre outras, que contam com autores como Neil MacCormick, Tom Campbell, Jeremy Waldron e Frederick Schauer.

⁴⁵ Para o autor, princípios contêm uma exigência de justiça intrínseca, representando uma dimensão de moralidade (princípios propriamente ditos) ou estabelecem objetivos que promovem melhorias de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (diretrizes políticas), com vistas a promover ou assegurar para as pessoas situações de “vida boa” (DWORKIN, 2002, p. 36).

⁴⁶ Para Dworkin, a resposta correta seria aquela que melhor se adequasse ao conjunto do ordenamento jurídico e aos objetivos por ele perseguidos de forma global, aferidos a partir da integridade histórica do Direito (DWORKIN, 2002, p. 175).

⁴⁷ Alexy chegou a adotar o que chamou de “ideia fraca de única resposta correta”. O autor alemão entende que nem todas as respostas a que se chega através do método jurídico são iguais e que poderia realmente haver uma resposta mais adequada do que a outra. É desejável que o jurista seja capaz de chegar a boas respostas para os problemas jurídicos, mas não se pode adotar a existência de única resposta correta como uma premissa real, mas apenas como um norte para que o intérprete se utilize dos métodos hermenêuticos e dos elementos que tem à sua disposição da melhor forma possível (Dworkin, 2002; Alexy, 1988).

A teorização de Alexy será destacada neste trabalho, em primeiro lugar pela influência patente que exerce sobre as reflexões teóricas e a prática jurídica no Brasil e na Argentina⁴⁸. Em segundo lugar, em razão de que as cortes de ambos os países têm se pautado por preceitos da jurisprudência da valoração e, dentre as várias correntes, predomina a vertente procedimental, da qual Alexy é considerado o principal representante. Por fim, essas influências são percebidas nas decisões objeto de análise deste trabalho. As cortes argentina e brasileira lançam mão do conceito de princípios e de critérios valorativos em todo o corpo dos respectivos julgamentos. Quanto à decisão argentina, a técnica da ponderação pautou todo o procedimento decisório. Na decisão do STF, sua influência pode ser percebida nas declarações destacadas de voto⁴⁹, como será visto no terceiro capítulo.

Uma concepção principiológica do Direito sem dúvida operou como instrumento orientador na hermenêutica realizada por ambas as cortes e forneceu conceitos referenciais, em alguns casos utilizados de forma controvertida.

A análise que realizaremos, portanto, perpassa pela compreensão da teoria procedimental da argumentação jurídica, situada entre os modelos jurídicos que incorporam a ideia de valor, no formato proposto por Alexy. Abordaremos especificamente a maneira pela qual os ministros de ambas as Cortes empregaram esse parâmetro nas suas decisões e fundamentações, notadamente a técnica da ponderação de princípios, que orientou a decisão argentina e votos apartados do julgamento brasileiro.

⁴⁸ Além de Alexy, a ciência jurídica alemã exerce considerável influência no campo jurídico dos dois países, por meio de teóricos como Peter Haberlê, Claus Roxin, Theodor Vieweg, Karl Larenz, entre outros, que influenciaram a dogmática e a produção legislativa. No Brasil, também a jurisprudência alemã tem reverberação e casos paradigmáticos da Corte Constitucional Alemã são frequentemente citados nos debates do STF. Seria preciso fazer uma análise mais apurada da jurisprudência argentina para aferir se recebe a mesma influência.

⁴⁹ No terceiro capítulo, essas influências serão esmiuçadas e, como se poderá perceber, o voto do relator, ministro Carlos Ayres Britto, incorporou elementos axiológicos e principiológicos, mas, na interpretação do conteúdo do direito à liberdade de imprensa, eximiu-se de proceder à ponderação, sob o argumento de que a Constituição teria realizado “ponderação prévia”, posicionamento que foi questionado nos votos dos demais ministros. Demais disso, a técnica da ponderação é instrumento hermenêutico consolidado no STF, sendo paradigmática em julgamentos históricos como o HC 82.424/RS. Para ilustrar que a utilização da técnica pode ser controversa, destacamos que, no referido *habeas corpus*, cujo paciente, Siegfried Ellwanger, publicara livros de conteúdo antissemita, os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello, utilizando-se ambos da ponderação, chegaram a decisões opostas.

2.2 A razão prática na justificação do Direito: discurso jurídico como tipo especial de discurso prático

A racionalidade no Direito é objeto de reflexão da teoria da argumentação jurídica, cujo pressuposto básico é a concepção do discurso jurídico como forma especial do discurso prático geral. Nessa base, é possível garantir que ações e decisões jurídicas sejam adotadas a partir de critérios racionais, garantidos por meio da observância de um procedimento também racional. Os autores referenciais nesse campo⁵⁰ são Neil MacCormick e Robert Alexy, que parte desse pressuposto para o desenvolvimento do método da ponderação na decisão judicial.

Alexy e MacCormick têm a mesma preocupação com a justificação das decisões jurídicas e, no entender de ambos, ela é pautada pela adoção de critérios racionais por parte do juízo decisório. Nesse sentido, os dois teóricos se direcionam à elaboração de caminhos de interpretação e aplicação da norma jurídica que possam conduzir à racionalidade das decisões, baseados igualmente na argumentação jurídica.

O autor inglês considera que, da natureza do Direito como “entidade institucional heteronômica provida de autoridade” (MACCORMICK, 2006, p. XIII), deriva-se a necessidade de justificação das decisões judiciais. Os provimentos jurídicos são impostos e intervêm na vida das pessoas e da sociedade de forma coercitiva. Logo, é desejável que o sistema jurídico almeje legitimidade. O autor escocês postula que tal legitimidade poderia advir do funcionamento racional do sistema, como caminho para afastar a arbitrariedade no Direito. A concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito não pode prescindir de legitimidade. Portanto, figura como necessário que as normas, atos e decisões oficiais sejam implementadas de forma racional (MACCORMICK, 2006, p. XIV).

Em MacCormick (2006, p. XIV):

Esta teoria apresenta a argumentação jurídica como uma espécie de raciocínio prático. Por tratar da razão como algo que estabelece o que é correto fazer em situações em que haja escolha, ela trata da justificação. Logo, é importante ver como o recurso a normas se justifica em si. Como acaba de ser esboçado, ele se justifica, em princípio, por referência a princípios fundamentais do discurso racional prático.

⁵⁰ Inclusive, como se verá, no exercício jurisprudencial das cortes brasileira e argentina.

Por esse raciocínio, o Direito se justifica na medida em que corresponda a uma forma racional de discurso, delimitada pelo procedimento.

Alexy (1988, p. 149), por sua vez, aponta que:

El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general.

Novamente, o parâmetro de racionalidade para o Direito é o discurso prático.

Essa conclusão similar conduziu ambos à tarefa de propor uma forma de aferir e garantir a racionalidade no discurso jurídico, especialmente nas decisões judiciais. No entanto, os pontos de partida são diferentes. MacCormick busca demonstrar a existência da racionalidade nas decisões jurídicas a partir de exemplos empíricos, retirados da jurisprudência dos tribunais inglês e escocês.

Inicialmente, o autor procura extrair dos casos analisados os principais argumentos empregados pelos julgadores nas tomadas de decisão e classifica as razões adotadas em três tipos: consequencialistas, de coerência e de coesão. O autor sintetiza os passos e conclusões de sua análise na seguinte passagem:

Sustento que os elementos inter-relacionados da argumentação consequencialista, da argumentação a partir da coerência e da argumentação a partir da coesão estão visíveis por toda a parte nas coletâneas de jurisprudência, fornecendo forte comprovação de que elas realmente são requisitos de justificação implicitamente observados e aceitos pelos juízes; e, por minha própria conta, sustento que esses são bons cânones de argumentação a adotar porque eles garantem o que considero uma concepção bem fundamentada do “Estado de Direito” (MACCORMICK, 2006, p. 327).

O raciocínio adotado por MacCormick, nesse sentido, tem caráter bastante conservador, visto que o autor parte de resultados constatados na prática real dos tribunais e procura justificá-las por meio da teoria da argumentação jurídica. Sem reflexão crítica, ele considera os métodos decisórios recorrentes nas cortes inglesa e escocesa como sinônimos de métodos racionais que devem ser adotados no Direito, derivando, sem mediações, preceitos prescritivos da descrição.

Alexy (2001), por sua vez, parte da reflexão abstrata dos elementos da razão prática e descreve um modelo teórico do discurso racional geral, para dele retirar o modelo específico de discurso jurídico.

A despeito de pertencerem a escolas teóricas e influências distintas⁵¹, no afã de construção de uma teoria da argumentação jurídica, chegaram a formular concepções bastante semelhantes. Atienza (2007, p.149) classifica as formulações de ambos como as teorias *standard* nesse campo.

Neste trabalho, o interesse principal se localiza na análise do método da ponderação nos moldes desenvolvidos por Alexy, em razão da influência teórica que exerce sobre as cortes brasileira e argentina⁵². Por vezes, elementos teóricos desenvolvidos por MacCormick poderão complementar a reflexão.

Antes de adentrarmos na descrição do método da ponderação, ressalta-se, mais uma vez, o papel dos princípios na argumentação jurídica, em sínteses dos dois autores. Segue a alusão de MacCormick (2006, p. XIV):

Portanto, sempre há princípios subjacentes disponíveis para restringir, derrotar ou até mesmo revogar um discurso expresso em termos de normas. Vários problemas endêmicos nos processos de aplicação de normas [...] também exigem que façamos referência a argumentos de princípios no passado (e no futuro) para solucionar dificuldades acerca das normas e de sua correta aplicação e interpretação. Isso demonstra por que motivo o raciocínio dedutivo das normas não pode ser um modo auto-suficiente e auto-sustentável de justificação jurídica. Sempre se encontra envolto por uma teia de raciocínio anterior e posterior a partir de princípios e valores [...].

Os princípios, portanto, representam a saída para as limitações do método subsuntivo e do sistema exclusivo de regas. De forma semelhante, Alexy considera:

Este es un aspecto de la tesis general de que en todos los casos más o menos problemáticos son necesarias valoraciones que no pueden extraerse obligatoriamente del material autoritativamente fijado. La racionalidad de la argumentación jurídica depende por ello esencialmente de si, y con que alcance, estas valoraciones adicionales son susceptibles de un control racional [...].

⁵¹ MacCormick deriva da tradição de Hume, Hart e da *common-law* inglesa-escocesa e Alexy, de Kant, Habermas e da ciência jurídica alemã.

⁵² Expressa, inclusive, nas decisões que serão analisadas. Vale ressaltar que a ciência jurídica alemã como um todo tem bastante ressonância na produção jurídica (científica e jurisprudencial) do Brasil e da Argentina e muitos institutos normativos, decisões e postulações doutrinárias nos dois países são conseqüências diretas do pensamento jurídico alemão.

La cuestión de la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva así a la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general (ALEXY, 1988, p. 149).

O autor alemão constata as mesmas limitações de uma concepção de Direito restrita ao ordenamento formal.

Através de raciocínios semelhantes, mesmo partindo de perspectivas distintas, MacCormick e Alexy baseiam-se na consideração de princípios para elaborar suas propostas argumentativas para o Direito. A partir desse referencial, Alexy elabora a técnica da ponderação.

A tarefa fundamental na elaboração de uma teoria do discurso é a construção de um sistema procedimental que garanta a racionalidade dos argumentos e dos resultados obtidos. Alexy procurou desenvolver um conjunto de regras específicas do discurso jurídico, adequadas às suas especialidades em relação ao discurso prático geral, notadamente os vínculos institucionais à lei, aos precedentes e à dogmática. No tocante ao ponto específico da decisão judicial, sua proposição se expressa no método da ponderação, aplicado à interpretação de princípios normativos.

Os teóricos da jurisprudência da valoração consideram que um procedimento interpretativo baseado meramente em deduções lógicas não pode comportar a complexidade dos problemas jurídicos e conduzir a soluções efetivas. A dedução lógico-subsuntiva não é refutada, mas considerada insuficiente. Dworkin (2000), por exemplo, defende a adoção de um método histórico-político:

As proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simples valorativas, em algum sentido dissociadas da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas (DWORKIN, 2000, p. 219).

Para o autor estadunidense, o caminho interpretativo deve conduzir não a uma simples subsunção que se consuma instantaneamente, mas, sim, a um melhor histórico jurídico do ponto de vista da moral política substantiva (ARAÚJO, 2001, p. 133), o que denomina integridade do Direito (DWORKIN, 1999).

Em Larenz (1997, p. 211):

A resolução de questões jurídicas exige uma problematização global dos elementos relevantes para a compreensão do fenômeno e a elaboração de argumentos pertinentes para justificação da solução adotada.

Essa problematização volta-se não só para questões formais, mas considera também a justificação material da decisão. Desse ponto de partida, Alexy voltou-se à elaboração de um método capaz de estruturar uma argumentação jurídica lógica e que, ao mesmo tempo, pudesse fundamentar racionalmente a adoção de juízos de valor.

Para tanto, o teórico alemão primeiramente questionou se a atividade de decisão judicial poderia dispor de um conjunto de regras “suscetíveis de consenso que permitam um controle racional e comprovável” (ALEXY, 1999, p. 15). O caminho por ele adotado parte de uma concepção ampla de racionalidade, embasada no pensamento de Jürgen Habermas (1999). Este autor sustenta que as questões práticas podem ser decididas racionalmente, por meio de requisitos incorporados ao procedimento adotado para a tomada de decisão. Determinados requisitos procedimentais teriam o condão de garantir a racionalidade do discurso prático, pois criam condições de participação, estabelecem critérios de argumentação e procuram garantir que todos os elementos relevantes para determinada discussão sejam considerados.

O objetivo do discurso racional prático não é uma verdade compreendida como correspondência entre enunciados e fatos, adotada nas ciências exatas e naturais, mas sim uma verdade no sentido de correção, ou seja, emanada do consenso obtido a partir da obediência ao procedimento dialógico estabelecido previamente.

Nesse tocante, McCarthy (1987, p. 360) comenta:

Su posición – a de Habermas – es que las innegables diferencias entre las lógicas de la argumentación y la argumentación práctica no son tales como para desterrar a esta última del ámbito de la racionalidad; que las cuestiones práctico-morales pueden ser decididas “mediante razón”, mediante la fuerza del mejor argumento; que el resultado del discurso práctico puede ser un resultado “racionalmente motivado”, la expresión de una “voluntad racional”, un consenso justificado, garantizado o fundado; y que en consecuencia, las cuestiones prácticas son susceptibles de verdad en un sentido lato de este término.

No esteio dessa compreensão, Alexy sintetiza o conceito de discurso prático como “um procedimento adotado para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos e sua racionalidade é definida através do conjunto de regras do discurso” (ALEXY, 1993, p. 48).

A partir dessa concepção, Alexy (2001) desenvolveu uma teoria geral do discurso eminentemente procedimental, criando um sistema de 22 regras e 6 formas de argumentação prática geral. Entre essas regras estão, por exemplo, a possibilidade de cada ser humano de participar do discurso e o direito de cada participante de apresentar e criticar qualquer argumento, que garantem, respectivamente, a liberdade e a igualdade, base normativa da teoria do discurso. Além dessas, existem as regras que visam a possibilitar a compreensão mútua, como clareza linguística, não contradição, verdade empírica; e as que prescrevem posturas aos participantes para que o diálogo seja possível, como sinceridade na argumentação, consideração das consequências, entre outras.

O autor alemão sintetiza suas pretensões teóricas na seguinte passagem:

Por lo tanto, para el futuro próximo, considero que una de las tareas fundamentales es la utilización sistemática de conocimientos jus filosóficos y teórico-jurídicos para la solución de problemas jurídico-dogmáticos. Habrá que otorgar aquí prioridad al nivel analítico. Una segunda tarea central me parece ser el desarrollo de la filosofía y la teoría del derecho como una parte de la filosofía práctica. La prioridad reside aquí en el nivel normativo. Me parece de especial interés la elaboración de una concepción amplia de la racionalidad práctica procesal. La realización de estas tareas es el objetivo de una teoría del derecho y de la ciencia del derecho orientada por el concepto de la razón práctica, que reúna en una teoría integrativa los numerosos elementos de las concepciones filosófico-jurídicas, teórico-jurídicas y socio-jurídicas (ALEXY, 1999, p. 16).

No percurso de sua elaboração, Alexy passou à análise específica do discurso prático no Direito e, nesse campo, desenvolveu uma teoria da decisão judicial. Para os fins deste trabalho, interessa-nos esta última abordagem. Destaque-se ainda que, além de Habermas, Richard Hare, Stephen Toulmin e Chain Perelman, são contributos teóricos nas suas elaborações.

A partir da concepção de discurso prático geral que adota, Alexy entende que o discurso jurídico é uma forma específica de discurso prático. Para o autor alemão, a adoção de determinada interpretação da norma e a decisão judicial que dela advém podem ser racionalmente fundamentadas, se os preceitos da razão

prática forem observados. O procedimento específico para a racionalização da interpretação e da decisão judicial revela-se no método da ponderação.

A compreensão desse método exige o conhecimento dos conceitos de princípios e regras, subespécies em que a jurisprudência dos valores divide as normas.

2.3 Princípios e regras: dimensões estrutural, de conflito, funcional e explicativa

A ideia de princípio não é uma construção contemporânea. Entretanto, a abordagem que lhe foi atribuída a partir dos anos 1960, especialmente pela obra de Dworkin (2002), introduziu novas discussões na teoria jurídica. Até esse momento, o modelo jurídico positivista clássico, conformado teoricamente na obra de Hans Kelsen (2008) e, anos mais tarde, referenciado no trabalho de Herbert Hart (2007), reunia praticamente todo o pensamento jurídico e pautava o modo de se elaborarem problemas e hipóteses na teoria do Direito.

O modelo de sistema jurídico kelseniano-hartiano é descrito nas palavras de Neil MacCormick (2006, p. 299).como:

[...] um conjunto de norma primárias mutuamente inter-relacionadas que regem os deveres de pessoas numa sociedade, e normas secundárias que dão a indivíduos em funções públicas ou privadas o poder de variar a incidência de todo o conjunto de norma, a alterar as normas ou a aplicar outras incluídas nesse conjunto. O que unifica o conjunto por inteiro, formando um sistema, é a existência de uma norma secundária que estabelece critérios para identificar todas as normas que pertencem a ele e que, desse modo, estipula o dever de autoridade de observar e fazer vigorar as outras normas.

Conforme a descrição, a base da organização sistemática referencia-se numa norma fundamental, que atesta a autoridade de origem das outras normas.

O positivismo kelseniano-hartiano adota o preceito da separação entre moral, política e Direito⁵³, preocupando-se em descrever o fenômeno jurídico isento

⁵³ É inexata a afirmação de que os teóricos positivistas ignoram que elementos externos, como a moral, a política, os interesses diversos exerciam influência sobre o Direito. No entanto, no paradigma positivista clássico, a ciência jurídica não poderia pautar seus métodos e suas análises por esses elementos, ela deveria ser autônoma e eminentemente descritiva do fenômeno jurídico para que

de quaisquer pretensões prescritivas. A novidade advinda dos trabalhos de Dworkin não é a “invenção” dos princípios, pois estes já eram utilizados pela dogmática e julgadores, expressos por meio de máximas e brocardos. A contraposição da jurisprudência da valoração ao modelo hartiano introduziu um novo debate no campo da teoria jurídica. Para a referida vertente teórica, os princípios traduzem o aspecto político-valorativo do ordenamento jurídico, componente que fora ignorado nas considerações positivistas. As críticas que formula consideram que a exclusão ou negação do elemento axiológico fizeram do positivismo uma teoria inapta para compreender adequadamente o Direito e oferecer soluções aos problemas jurídicos.

Por outro lado, os debates que se travaram no campo teórico, especialmente entre Hart e Dworkin, evidenciaram equívocos que este último cometeu na avaliação do modelo jurídico hartiano e várias de suas teses seguiram controvertidas⁵⁴. Para os fins deste trabalho, entretanto, interessa que, a partir do marco de estudos e conflitos doutrinários acerca dos princípios jurídicos, muitas concepções teóricas foram inauguradas ou remodeladas, cambiantes entre um extremo e outro dos referenciais em conflito; o positivismo ortodoxo de um lado e um voluntarismo de outro. Foi dessa época em diante que surgiram diversas elaborações na teoria do Direito, tanto prescritivas, quanto descritivas, e modelos de métodos de decisão judicial. Uma das elaborações mais influentes foi o modelo de princípios e regras no Direito, que concebe que o sistema jurídico é composto por esses dois tipos diferentes de norma.

É usual que se aponte a generalidade⁵⁵ como diferença primordial entre as duas espécies: os princípios seriam normas de um alto grau de generalidade e, as regras, normas de grau reduzido de generalidade (Alexy, 1988, p. 141).

A ideia de princípio comporta diferentes acepções. Geralmente, são entendidos como sinônimo de normas amplas, com características muito genéricas, e vagas, expressas por meio de conceitos indeterminados, que expressam valores, direitos fundamentais e máximas do Direito ou preceitos de elevado grau

pudesse compreender sua essência. A ideia kelseniana de “teoria pura do direito” se propõe a construir essa autonomia.

⁵⁴ Esse debate se estabeleceu principalmente por meio de artigos que cada autor escrevia em resposta às refutações que suas teses recebiam. Entre os principais estão o *Postscript*, de Hart, para O conceito de Direito (2007), Modelo de Regras I e Modelo de Regras II, de Dworkin, que se encontram na coletânea Levando os Direitos a Sério (2003).

⁵⁵ Nesse sentido, generalidade pode ser entendida como imprecisão, alto grau de abstração, vagueza e polissemia de termos, entre outras características que fazem da norma um comando genérico, sem delimitações específicas quanto à aplicabilidade, abrangência e efeitos.

hierárquico. Tal polissemia resulta que o termo “princípio” é adotado em contextos bastante diversos.

Dworkin empreende uma diferenciação entre princípios e regras que vai além da mera aferição da generalidade, propondo que os dois subtipos normativos distinguem-se também qualitativamente. Melhor dizendo, a diferença não seria apenas o grau de generalidade, mas também, e talvez especialmente, a natureza dos comandos normativos.

O princípio propriamente dito é definido como “um padrão que deve ser observado porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 141). Nessa definição, a característica fundamental no *standard* princípio é sua dimensão intrínseca de valor. As regras, por sua vez, correspondem a normas criadas por um acordo político.

Ainda conforme Dworkin (2002), outro ponto diferencial é fato de que as regras constituem mandados de realização plena. Significa dizer que, constatada a ocorrência da hipótese de incidência ou fato operativo, elas devem ser aplicadas nos termos exatos do comando normativo que expressam. A regra válida ou é incidente e deve gerar efeitos, ou não incide, por não se constatar correspondência fática à premissa normativa, e, portanto, não interfere no fato. A aplicação das regras seria pautada pelo tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*) (DWORKIN, 2002).

Quanto aos princípios, em razão de sua natureza, não determinam diretamente a decisão a ser tomada nem em que termos concretizar seu comando. Eles somente fornecem razões em favor de uma ou outra forma de decidir. Não se tratam, portanto, de comandos taxativos, mas de guias decisórios. Essa forma de incidência e aplicação revela a chamada dimensão de peso (*dimension of weight*) dos princípios (DWORKIN, 2002).

Nessa proposição, a colisão entre regras⁵⁶ é solucionada por meio do reconhecimento da validade de uma regra e invalidade da outra, com consequente exclusão do ordenamento jurídico⁵⁷. Já a colisão entre princípios deve ser resolvida através de ponderação⁵⁸, procedimento em que se afere a dimensão de peso dos de cada um, diante da situação fática. Para se determinar qual terá prevalência,

⁵⁶ Entenda-se, quando o mesmo fato adéqua-se à hipótese normativa de mais de uma regra, dando ensejo à incidência de múltiplas normas.

⁵⁷ A outra opção é reconhecimento de um caso especial de exceção à incidência de uma das normas em conflito, operando-se a calibração do sistema (FERRAZ JUNIOR, 2003, p.185).

⁵⁸ O sentido de ponderação adotado por Dworkin, diz respeito ao juízo de razoabilidade e equidade, referenciado na tradição da *common law* pelo *due process of law*.

considera-se a força relativa de cada princípio, devendo se sobrepor aquele que ofereça melhor decisão ao caso, sem que tal decisão resulte na invalidação do princípio tido como de menor peso. Essa ponderação é demandada apenas em situações concretas, pois, como se verá, a teoria não comporta a existência de colisão entre princípios *in abstracto*, ou em tese.

Alexy, aceitando a postulação de que as colisões entre princípios e entre regras são solucionadas de modos diferentes, aprofunda as razões apontadas por Dworkin para essa diferenciação. O jurista alemão considera que o verdadeiro núcleo de distinção entre regras e princípios está no fato de que os princípios são normas que ordenam a realização de algo “na maior medida possível” (ALEXY, 1988, p. 143). Tratam-se, portanto, de mandados de otimização e são caracterizados porque aceitam diversos graus de cumprimento. O alcance de sua implementação depende das possibilidades fáticas, que se definem pela ocorrência da hipótese normativa (ou fato operativo), e jurídicas, determinadas pela aferição dos princípios e regras que se manifestam em sentido contrário à incidência da norma.

As regras, por sua vez, são normas que exigem um cumprimento pleno. Nessa medida, são simplesmente cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra é válida e o fato operativo por ela previsto se realiza, é obrigatório fazer precisamente o que está ordenado, pois, diversamente do princípio, a regra exige apenas uma medida específica de cumprimento.

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (1991) desenvolvem uma apreciação de princípios e regras mais elaborada e esmiúçam elementos da diferenciação e aplicação de ambos, que permitem um manejo mais preciso dos conceitos. Em razão do detalhamento e de sua qualidade didática, adotam-se aqui as considerações dos dois autores na definição de princípios e regras, que passamos a analisar.

Atienza e Manero (1991) partem de três critérios básicos para a delimitação das diferenças entre princípios e regras. O primeiro considera as características estruturais dos comandos normativos, ou seja, a forma pela qual são expressos. O segundo diz respeito ao tipo de motivação que princípios e regras oferecem para a prática de uma ação ou decisão, levando em conta de que modo cada um vincula os sujeitos. O terceiro perscruta acerca da contribuição da ideia de princípio para a explicação do Direito e a justificação de comandos e decisões jurídicas.

O principal caminho para que se compreenda a aplicação da teoria da argumentação jurídica à justificação da decisão judicial reside no último critério. No entanto, o entendimento das questões abordadas pelos outros dois também é relevante para esse fim.

2.3.1 *Distinção estrutural entre regras e princípios*

A descrição das características estruturais dos princípios e das regras diz respeito à forma pela qual os comandos normativos são textualmente veiculados.

As regras se expressam através de um condicional deôntico que, na forma clássica, pode ser traduzido na proposição “Se A, deve ser B”. Ocorrendo o fato ou situação A (hipótese de incidência ou fato operativo), ordena-se que a consequência B seja implementada. Trata-se da mais corrente expressão normativa no Direito, em função da qual se desenvolveu o método de subsunção do fato à norma jurídica. A regra cria para o destinatário da norma uma obrigação de que se realize o resultado, ação ou comportamento nos termos por elas prescritos.

O que caracteriza uma regra é o fato de que a hipótese de incidência é expressa de forma fechada, ou seja, ela prevê um intervalo limitado de situações fáticas em que deverá incidir.

Mesmo quando a regra é expressa por meio de termos gramaticais e jurídicos equívocos, que exigem delimitação interpretativa, ou quando os fatos concretos têm de ser apreciados diante da previsão hipotética da regra, esse elemento caracterizador não é afastado. Conforme Atienza e Manero (1991, p. 109):

Las condiciones de aplicación de la norma constituyen un conjunto cerrado, aunque su formulación pueda presentar problemas de indeterminación semántica e insistimos en que las indeterminaciones semánticas no afectan al carácter de *regla*, a no ser que alcance un grado extremo que no permita que se hable ya de *determinación* de un modelo de conducta.

Portanto, através da descrição das características e propriedades do fato tipificado por uma regra, é possível conhecer de antemão a delimitação genérica de todas as hipóteses em que terá incidência. Tratam-se dos dispositivos mais

recorrentes no Direito, como “Matar alguém: Pena - reclusão de 6 a 20 anos” (Código Penal, art. 121) ou “A menoridade cessa aos dezoito anos completos” (Código Civil, art. 5º).

No tocante aos princípios, Atienza e Manero (1991) analisam sua estrutura normativa diferenciando inicialmente princípios em sentido estrito e diretrizes ou normas programáticas⁵⁹. Sustentam os autores que a mesma estrutura de condicional deôntico da regra dá conformação ao princípio em sentido estrito, diferentemente do que sucede às diretrizes.

Os princípios em sentido estrito expressam um dever-ser nos mesmos termos estruturais das regras, ou seja, definem a consequência normativa que advém da constatação da premissa maior, logo também podem ser expressos na forma “Se A, deve ser B”. O diferencial está em que a hipótese de incidência é traçada de modo aberto, ou seja, a descrição das condições que dão lugar à sua aplicação não permitem extrair uma “lista” fechada de todos os casos em que o princípio deva ser aplicado. Exemplifica-se tal afirmação por meio da norma constitucional que estabelece a desapropriação de terras que não cumpram sua função social (CF, art. 184). O conceito de “função social” é aberto, mas a consequência – desapropriação – é conhecida.

Tal indeterminação amplia de forma considerável a possibilidade de incidência de um princípio. Para as regras, ao contrário, há um horizonte limitado de aplicação, ainda quando descritas em termos genéricos.

⁵⁹ A diferença básica entre princípios em sentido estrito e diretrizes se dá em razão da natureza atribuída à prescrição normativa do princípio no contexto que demanda sua incidência. Num caso específico, é possível entender que o comando do princípio exige do agente o alcance de determinado resultado, o que configura o princípio em sentido estrito, ou determina uma persecução de objetivos, mas não necessariamente uma realização específica de comportamento e um resultado imediato, é o caso da diretriz. Essa constatação dependerá muito mais da conjuntura interpretativa do que da expressão textual do princípio. Dependerá, ainda, de outros princípios e regras levados em consideração pelo aplicador do Direito no momento em que busca interpretar a realidade concreta e o conteúdo da norma. Ressalte-se que o mesmo princípio pode operar como princípio em sentido estrito ou diretriz, em situações diferentes ou a partir de avaliações diferentes. É extremamente importante que não se perca de vista essa qualidade. De fato, seria completamente equivocado tentar realizar uma classificação apriorística, baseada na expressão gramatical, na dogmática, na jurisprudência, entre outros critérios, que separe diretrizes e princípios em sentido estrito, independente da realidade concreta e contexto de incidência da norma. Não há uma fixação ontológica dos conceitos. A incorporação de uma ou outra natureza e funcionalidade é cambiante e se define pelo contexto real de incidência. Demais disso, a regulamentação normativa de diretrizes cria objetivos específicos, conferindo ao comando programático obrigações de fazer definidas.

No entendimento de Atienza e Manero (1991), aí reside uma importante distinção entre regras e princípios em sentido estrito⁶⁰ e, a partir desse esclarecimento, os autores se opõem à proposição, presente tanto em Dworkin (2002) quanto em Alexy (1988), de que as regras são comandos de realização e os princípios, mandados de otimização.

Fazem isso deslocando a distinção entre princípios em sentido estrito e regras da estrutura do comando normativo⁶¹ para o grau por meio do qual a hipótese de incidência é delimitada⁶². Se regras e princípios em sentido estrito estruturam-se a partir de comandos deônticos de mesma natureza, seu cumprimento ou realização deve se operar na mesma medida, pois, ainda que a hipótese de incidência (A) seja aberta, a consequência jurídica ordenada (B) é conhecida. Como sucede às regras, os princípios em sentido estrito tem lugar quando a hipótese normativa se realiza faticamente e sua aplicação deve ocorrer nos termos exatos do “dever-ser” que prescrevem, ou seja, de forma plena.

Atienza e Manero (1991) aceitam a ideia de otimização na aplicação do princípio em sentido estrito, mas concebem-na de forma diferente. Dada a configuração aberta das condições de aplicação dos princípios,

[...] la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que juegan en sentido contrario; pero, una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, este exige un cumplimiento pleno (ATIENZA; MANERO, 1991, p. 110).

No tocante às diretrizes, a formulação deôntica se expressa nos termos “A deve ser perseguido” ou “devem ser adotadas medidas para a realização de A”. O “dever-ser” que veiculam não demanda uma obrigação de resultado, mas sim a persecução de um fim ou objetivo. Não há uma formulação expressa que diga o que deve ser feito para que o objetivo seja atingido, nem quando considera-se que foi atingido. Quando a Constituição Federal diz que a República Federativa do Brasil

⁶⁰ Os autores reconhecem a possibilidade de que o grau de indeterminação das regras gere situações de penumbra. Esses tipos, portanto, não podem ser sempre tomados como “puros” (ATIENZA & MANERO, 1991, p. 110).

⁶¹ A diferenciação estrutural entre regras e princípios considera que o comando das regras deve ser aplicado e o comando dos princípios, otimizado ou concretizado na maior medida possível (ALEXY, 1991; DWORKIN, 2002).

⁶² De forma aberta, conforme se trate de um princípio, ou de forma fechada, conforme se trate de uma regra.

deve garantir o desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), estabelece a obrigação de que o Estado adote medidas nesse sentido, mas não quais.

Desse modo, a ideia de “realização na maior medida possível”, no sentido proposto por Dworkin e reafirmado por Alexy, seria aplicável às diretrizes, pois a estrutura normativa desse sub-tipo principiológico permite que ele seja cumprido em maior ou menor grau.

A fragilidade ou falta de garantia do cumprimento dos princípios, quando considerados como mandados que se realizam na “maior medida possível”, é uma das críticas dirigida à definição de princípios postulada por Dworkin e depois adotada por outros teóricos. As principais alegações apontam que Dworkin teria saído do universo racional das normas jurídicas e introduzido no ordenamento uma espécie de conteúdo incógnito e incidência incerta.

A indefinição da incidência e do grau de exigibilidade dos princípios entregaria ao arbítrio do julgador a faculdade de criar a norma, o que representa uma transgressão ao modelo positivista clássico do ordenamento jurídico⁶³. Além disso, se a ideia de otimização conduz a juízos de razoabilidade no operar do Direito, também pode consolidar a noção de que a natureza dos princípios seria não coativa, fiada no argumento de seu caráter genérico, esvaziando-se o compromisso de realizar materialmente seu conteúdo (FERRAJOLI, 2011, p. 49).

O proposto por Atienza e Manero elimina a distância que se poderia atribuir à força normativa das regras e dos princípios. Por essa via de pensamento, deriva-se a ideia de força normativa dos princípios em sentido estrito de forma muito mais substancial.

2.3.2 Características específicas dos conflitos entre princípios: as limitações do método subsuntivo

⁶³ Várias são as críticas formuladas pelos teóricos de matriz positivista a Dworkin, como a refutação às teses da existência de “única resposta correta” para um problema jurídico, da possibilidade do afastamento de normas “injustas” pelo julgador e da aferição de validade de uma norma não apenas pela origem autorizada, mas também pela “legitimidade” de seu conteúdo. No entanto, a polêmica disputa entre Dworkin e seus seguidores e os juspositivista extrapola o objeto deste trabalho.

Alexy observa, primeiramente, que os conflitos antinômicos ocorrem de maneira diferente para as regras e para os princípios. Do mesmo modo, a solução das antinomias deve obedecer a procedimento diverso, conforme o tipo normativo.

A contradição entre regras pode ser observada em abstrato, não sendo necessária a ocorrência de um caso concreto para que se evidencie a incompatibilidade entre normas. Isso ocorre porque a descrição dos fatos operativos, nas regras, é feita de modo fechado, ou seja, através de um rol limitado de hipóteses⁶⁴. As regras tem pretensão de exclusividade sobre as situações concretas que dão ensejo à sua incidência⁶⁵. Por essa razão, o choque entre regras se soluciona através da exclusão de uma delas do ordenamento jurídico ou com a declaração de situação que excepciona a incidência de uma ou de outra. A dogmática jurídica elaborou critérios de solução de antinomia entre regras, que se pautam pela cronologia, hierarquia e especialidade das normas⁶⁶. Por meio deles, deve se estabelecer (*in concreto* ou *in abstrato*) qual regra tem validade exclusiva para normatizar determinada hipótese fática.

Os princípios, por sua vez, não colidem em abstrato, pois comportam comandos que devem coexistir sempre, ou, pelo menos, enquanto o ordenamento jurídico conferir relevância aos valores que representam. É necessário que exista uma demanda pela incidência de princípios no caso concreto para que uma colisão se configure. Não se estabelece hierarquia apriorística entre princípios. No capítulo três, veremos que uma das teses interpretativas do ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento da ADPF 130 destoa dessa concepção.

Diferentemente do que sucede às regras, a solução acerca de qual princípio deve ter prevalência para normatizar o caso concreto não pode ser buscada pela via da invalidação de um ou outro. Da abertura da descrição fático-hipotética expressa pelos princípios, aduz-se que eles não demandam incidência exclusiva, como se dá com as regras. Cada princípio tem um campo de incidência amplo, que comporta intersecções com outros princípios. Sendo assim, a solução de conflito dessa natureza se realiza pela atribuição de prevalência a um dos princípios no caso concreto, sem que se afete a validade de qualquer deles.

⁶⁴ Como visto na seção 2.2.2.1 deste capítulo.

⁶⁵ Referimo-nos a “pretensão de exclusividade” porque as regras são elaboradas para disciplinarem com exclusão de quaisquer outras o fato típico que descrevem, mas, na ocorrência de uma antinomia real, não se configura essa exclusividade e o ordenamento não possui critérios internos de solução.

⁶⁶ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 6º.

A partir do reconhecimento da natureza diferenciada das normas-princípios em relação às regras, Alexy elaborou um método de interpretação e aplicação de princípios que visa a incorporar essas especificidades ao raciocínio jurídico. Segundo o autor, a regra de ponderação “nos dice cómo argumentar cuando sólo se puede cumplir un principio a costa de outro” (ALEXY, 1988, p.147), o qual, igualmente, poderia ter incidência na situação fática observada.

É fundamental a ressalva feita pelo autor alemão quanto ao que se pode esperar da técnica:

Pero es claro que la regla sólo nos dice la dirección del argumento. No prescribe ningún resultado [...]. En razonamiento práctico general, así como en razonamiento jurídico, no se puede esperar el tener un método que nos permita llegar a una solución definitiva para cada caso difícil. Lo que se puede crear son estructuras racionales para el razonamiento (ALEXY, 1988, p. 147).

Essa afirmação demonstra o caráter eminentemente procedimental da racionalidade e justificação do discurso jurídico, especificamente na tomada de decisão judicial, que é o que interessa a este trabalho.

As dificuldades cognitivas, epistemológicas, metodológicas, que são inerentes à natureza do Direito não permitem que se estabeleça uma ordenação exata – num sentido “matemático” – de seus termos e regramentos, do grau de valoração atribuído a cada preceito ou a delimitação precisa de cada termo jurídico. Um empreendimento que busque atribuir racionalidade e correção à decisão deve se voltar, portanto, para o procedimento de tomada da decisão. Uma decisão judicial atinge a qualidade de racional ou razoável por meio da observância a regras que garantam a racionalidade do discurso e incorporem os valores subjacentes ao ordenamento.

2.3.3 Diferenciação funcional: princípios e regras como razões para a ação

Este critério considera o tipo de comando em que se consubstanciam regras e princípios, ou seja, a vinculação que exercem sobre ações e decisões judiciais. Neste tocante, a explanação de Atienza e Manero (1991) é exposta por meio das

normas secundárias, que são pautas dirigidas às autoridades normativas e aos órgãos jurisdicionais.

Para os órgãos de aplicação do Direito, as regras cumprem a função de razões autoritativas e peremptórias. Por razão autoritativa entende-se o comando que obrigatoriamente se impõem, independentes do conteúdo, em razão de sua origem. O pertencimento válido ao direito positivo atesta a origem autorizada de um comando.

Razões peremptórias, por sua vez, são os comando cuja única condição de obediência é a realização da hipótese fática, pois dispensa-se apreciação meritória de sua incidência. O órgão aplicador do Direito não precisa demonstrar a conveniência em obedecer ao que determina a norma ou se a mesma representa a melhor solução para o caso. Desse modo, configurado um fato concreto adequado à hipótese de incidência da regra, seu comando deve ser cumprido, afastando-se avaliações quanto à qualidade da incidência e do conteúdo normativo. A adoção de uma regra não precisa ser justificada pela demonstração de que se trata da decisão “melhor”, “mais justa”, “mais qualificada”, sua única exigência é a realização do fato operativo.

Neste sentido, Atienza e Manero (1991, p. 112) consideram:

Las reglas están destinadas, pues, a que cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla. El carácter Independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones “perentorias” o “protegidas”. Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado e adoptado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias.

Em síntese, a observância ao comando de uma regra se fundamenta em sua origem autorizada (razão autoritativa) e dispensa qualquer consideração de mérito (razão peremptória).

A obediência aos princípios explícitos e implícitos é plasmada de forma diferente. Os princípios explícitos são razões autoritativas, pois devem ser obedecidos em função da fonte autorizada da qual emanaram, mas não são razões

peremptórias, pois o órgão jurisdicional precisa apresentar os motivos de sua adoção.

O princípio explícito, assim como a regra, tem existência positivada, logo, não é necessário que se demonstre a compatibilidade de seu conteúdo com o ordenamento jurídico⁶⁷. O fundamentado de sua aplicação reside na autoridade que o originou. No entanto, porque o princípio não se constitui como razão peremptória, o órgão jurisdicional deve fundamentar porque lhe atribuiu incidência em determinada decisão ou atuação.

A diferença se dá porque, em geral, para cada fato específico, há somente uma regra incidente. A dinâmica do ordenamento revela-se no sentido de não existirem antinomias, prevendo, inclusive, critérios e meta-critérios para solucioná-las, no intuito fundamental de que só exista uma regra aplicável a cada fato jurídico. A colisão entre regras é indesejável, evitada pelo sistema, e resulta na invalidação de uma das regras colidentes ou na estipulação de hipótese especial que excepciona a incidência de uma delas. Exatamente por isso a realização do fato operativo é razão suficiente para a aplicação da regra.

As antinomias entre princípios, por sua vez, são frequentes, em razão da conformação aberta de suas hipóteses de incidência⁶⁸. Um mesmo fato jurídico pode dar ensejo à aplicação de princípios diversos. Tais antinomias não se solucionam através da declaração de invalidade de um ou outro princípio colidente. Nesse caso, é preciso justificar atribuição de incidência a um princípio em detrimento do outro. Logo, torna-se necessário que o órgão institucional expresse os critérios e o método pelos quais chegou a escolher um princípio e negou incidência a outros que igualmente poderiam determinar a decisão no caso.

O agente jurisdicional realiza uma opção entre os princípios em disputa, mas não se trata de uma escolha livre (pelo menos não totalmente livre), pois é preciso que ele demonstre que a opção adotada é adequada racional e juridicamente. Conforme a teoria da argumentação jurídica, o aplicador da norma deve seguir um procedimento racional na tomada de decisão, pelo qual pondera os princípios em disputa, e demonstrar que sua ação ou julgamento está atrelado de forma sistêmica

⁶⁷ Ressalvamos que o pertencimento de um dispositivo ao ordenamento jurídico sempre pode ser questionado. Entretanto, na passagem, referimo-nos à presunção de validade atinente às normas positivadas.

⁶⁸ Vide seção 1.2.1.1 deste capítulo

ao ordenamento jurídico, harmoniza-se com decisões precedentes de casos semelhantes e que considerou as influências que ela poderia exercer no mundo.

Esses são os três critérios mencionado por Neil MacCormick (2006, p. 165,197, 255) como elementos básicos que devem constar no processo de argumentação jurídica. Como mencionado, a teoria da argumentação jurídica desenvolvida por MacCormick guarda semelhanças com a de Alexy e os preceitos propostos pelos dois autores permitem o diálogo entre as duas elaborações.

Os princípios implícitos não são razões peremptórias e nem autoritativas. De um, lado sua incidência não dispensa justificação, pois não são independentes do conteúdo. De outro, o princípio, por não ser positivado explicitamente, tem existência controvertida. Em razão disso, é necessário que o aplicador do Direito comprove que ele existe validamente no ordenamento jurídico, o que deve ser feito pela demonstração de que seu conteúdo pode ser deduzido a partir do conjunto do ordenamento positivado.

Nesse ponto, estabelece-se uma divergência entre teóricos não positivistas e aqueles que tentam manter referenciais positivistas mínimos⁶⁹. Para Dworkin (2002) os princípios jurídicos podem ser extraídos da moral social ou da sua qualidade de justiça intrínseca, o que abre passagem para o inesgotável problema da justiça. Atienza e Manero (1991), por outro lado, procuram manter a submissão dos princípios implícitos ao ordenamento positivo, postulando que a justificação de sua adoção não pode prescindir da coerência com as regras e princípios baseados nas fontes.

Os referidos autores, em síntese, defendem que:

Puede decirse, pues, que las reglas son razones autoritativas tanto en cuanto al por qué operan como al cómo operan en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales; que los principios explícitos son razones autoritativas en cuanto al porqué de su presencia en dicho razonamiento pero no en cuanto al cómo operan en él; y que los principios implícitos, en fin, no son autoritativos en cuanto a su forma de operar en el razonamiento y, en cuanto al porqué de su presencia en él, lo son, en todo caso, solo indirectamente, en tanto que tal presencia se fundamenta en su adecuación a las reglas y principios explícitos. (ATIENZA e MANERO, 1991, p. 113).

⁶⁹ Nesse nível da discussão, não se pode mais falar em positivistas ortodoxos.

A adoção de um princípio explícito deve justifica-se na demonstração de sua existência como razão subjacente que possa ser inferida de regras e princípios explícitos.

Por fim, há uma importante distinção entre princípios em sentido estrito e diretrizes quanto aos tipos de razão que fornecem para a ação. As diretrizes estabelecem razões de tipo instrumental, ou seja, motivos em favor de quaisquer ações que conduzam à realização do fim pretendido pela norma programática. Como foi dito, a diretriz não determina os meios que devem ser utilizados, por isso entende-se que dela deriva uma razão estratégica, voltada à consecução de uma finalidade, não excludente de outras ações, desde que adequadas ao objetivo da diretriz.

Diferem assim dos princípios em sentido estrito, que são razões de correção. Enquanto a incidência das diretrizes é motivada a partir da necessidade de realização de um fim, o motivo para a incidência de um princípio em sentido estrito situa-se na comprovação de que, na ponderação com outras normas-princípios ou regras, deve-se a ele maior peso.

2.3.4 Função explicativa das regras e dos princípios

No caminho da conceituação de princípios e regras, a partir de suas diferenças fundamentais, podemos destacar, no tocante aos princípios, uma função de expressar as sínteses fundamentais do conjunto normativo do qual fazem parte. Tal função permite que se percebam os nexos que conferem qualidade sistêmica ao ordenamento.

A função explicativa é exercida em dois sentidos. Em primeiro lugar, os princípios, por sua estrutura gramatical e semântica, condensam uma grande quantidade de informações e exprimem as sínteses da funcionalidade de instituições jurídicas, do ordenamento jurídico e de sua relação com o sistema social.

Em segundo lugar, os princípios atribuem um sentido ao ordenamento, de forma que este não se resume apenas a um conjunto desconexo de normas. Em outras palavras, os princípios conferem coerência global – tanto significativa, quanto funcional – ao Direito e permitem a sua compreensão holística.

A consonância entre as normas jurídicas não poderia ser alcançada apenas através da observância de regras lógicas básicas. Mais do que a não contradição, as normas se harmonizam na coerência finalística que conforma o ordenamento, quanto à função que lhe é atribuída e no seu desempenho no contexto social. Os princípios comportam esse sentido de forma muito mais densa do que as regras, e, interagindo entre si, expressam com maior clareza o desenho do sistema jurídico e o significado da função instrumental que lhe é atribuída pela sociedade.

2.4 Justificação e racionalidade: princípios como sínteses valorativas do ordenamento jurídico

Atienza e Manero (1991) definem a função de justificação como o papel exercido pelas normas no estabelecimento de critérios de criação, aplicação, interpretação ou modificação do Direito. Trata-se de procedimento inerente à natureza do raciocínio jurídico enquanto forma especial da razão prática.

De acordo com a teoria da argumentação jurídica, a demonstração da racionalidade de uma decisão jurisdicional depende dos componentes do discurso jurídico e da observância ao método racional de tomada de decisão. Os elementos do discurso jurídico devem garantir a racionalidade discursiva, ao passo em que o método de tomada de decisão deve ser capaz de incorporar todas as razões relevantes para o caso, as quais são fornecidas pelo ordenamento (MACCORMICK, 2006, p. 299-336).

As regras, por sua natureza, diminuem a complexidade no exercício do raciocínio jurídico, no sentido de que sua aplicação prescinde de ponderação⁷⁰ com outras regras. Conforme se viu, são razões autoritativas e peremptórias. Dessa redução de complexidade é possível derivar maior clareza dos comandos e previsibilidade do resultado de controvérsias jurídicas. A estrutura das regras comporta comandos que permitem sínteses interpretativas básicas e mais diretas.

Os princípios, por sua vez, desenvolvem uma função mais ampla do que as regras. Apesar de sua aplicação demandar uma operação de maior complexidade e sua incidência comportar relativa redução da previsibilidade, eles

⁷⁰ Como explicado na seção 1.2.1.2, as regras prescindem de ponderação, por serem razões peremptórias, mas não prescindem de interpretação, como, de resto, nenhuma norma.

possuem um alcance justificador maior e um campo de incidência muito mais largo. Isso se dá porque sua tipificação é mais aberta.

Essa característica é crucial para a compreensão do papel dos princípios no raciocínio jurídico. A função de justificação por eles exercida tem uma amplitude horizontal, ou seja, perpassa todo o sistema jurídico, e vertical, pois atua junto ao fundamento e ao sentido atribuído ao ordenamento.

Alguns aspectos específicos podem facilitar a compreensão dessa característica. Em primeiro lugar, tomando por referência os princípios secundários, observa-se que, ao pautarem as ações dos órgãos jurisdicionais, também demandam deles a justificação de sua decisão⁷¹. Nesse sentido, é preciso que a relevância do princípio adotado para o caso seja evidenciada⁷².

A avaliação principiológica não entra em jogo apenas nos chamados “casos difíceis”⁷³, quando se instala uma controvérsia grave acerca da norma que deve prevalecer numa situação concreta. Também naqueles que se consideram “casos fáceis”, o raciocínio jurídico principiológico se opera. Em tal situação, ele tem lugar quando conduz o intérprete a concluir que a aplicação da norma não é problemática.

A incidência dos princípios não se direciona apenas de forma direta ao caso concreto, pois, mesmo nos “casos fáceis”, a aplicação de uma regra é plasmada pelo conjunto de princípios que dá racionalidade e coerência ao sistema. Em semelhante modelo jurídico, eles pautam a conformação, a interpretação e a incidência da norma e conferem sentido ao ordenamento como um todo. Trata-se de uma característica patente nas ordens jurídicas da atualidade, indissociável do conceito de Estado de Direito (MACCORMICK, 2006, p. X).

Na jurisprudência da valoração, esse sentido é compreendido “como atrelado a valores cuja realização pode ser assegurada pelo cumprimento da regra ou como objetivos sociais, para cuja consecução o cumprimento da regra aparece como meio” (ATIENZA; MANERO, 1991, 117). Defende-se, portanto, que as regras, mesmo sendo razões peremptórias⁷⁴, não estão desatreladas de um raciocínio jurídico prévio acerca de sua compatibilidade com os princípios que dão significado

⁷¹ Conforme visto na seção 1.2.1.2.

⁷² Pois, como visto, demandam uma justificação de segundo grau, na confrontação entre princípios que poderiam ter incidência no caso e a demonstração da razoabilidade da escolha efetuada.

⁷³ “Caso difícil” trata-se daquele cuja solução é controversa, não pode ser assumida *prima facie*, e demanda uma ponderação.

⁷⁴ Ou seja, dispensam avaliações ou deliberações acerca da conveniência ou valoração da incidência seu comando.

ao ordenamento. Esse raciocínio, todavia, à diferença do que sucede aos princípios, não precisa ser demonstrado. A obediência à regra não pode prescindir de um juízo interpretativo que perscruta, em seu conteúdo e estrutura, o cumprimento de valores e fins subjacentes ao sistema jurídico. MacCormick (2006), compreendendo esse caráter reflexivo da racionalidade do ordenamento, aponta que “a lógica de aplicação da norma é a lógica central do direito dentro do moderno paradigma da racionalidade jurídica sob o manto do ‘Estado de Direito’” (MACCORMICK, 2006, p. 305).

A função de sintetizar tal racionalidade a que se refere MacCormick cabe aos princípios.

Em segundo lugar, a função de justificação dos princípios pode ser expressa por meio de razões de correção e razões instrumentais. As razões de correção são fornecidas por princípios em sentido estrito, que demandam a adoção de um agir específico, mesmo nos casos em que a descrição do comando se expresse em termos imprecisos⁷⁵. As razões instrumentais, por sua vez, consubstanciam-se nas diretrizes, que determinam obrigações finalísticas. Ao estabelecerem um objetivo a ser perseguido no Direito, ordenam que se empreguem ações voltadas à sua realização. A justificação de ações e decisões baseadas numa diretriz, configura-se no juízo de adequação dos meios aos fins pretendidos.

A delimitação da função justificadora de regras e princípios até aqui apresentada fundamenta-se no pressuposto de que a unidade e coerência do sistema jurídico são estabelecidas não apenas através da norma fundamental de reconhecimento, mas dos valores e objetivos que sintetizam a função do ordenamento (ATIENZA; MANERO, 1991; MACCORMICK, 2006).

No caso dos princípios, essa função é exercida em dois graus distintos. O primeiro é o que embasa a escolha das normas e dos critérios de aplicação, referenciados pelo sentido geral do ordenamento, o modelo social e valores subjacentes ao Direito (MACCORMICK, 2006, p. 305). Trata-se do sentido de coerência, um dos critérios considerados por MacCormick (2006) na argumentação jurídica. Para o autor inglês:

⁷⁵ Como demonstrado na seção 1.2.1.2, a estrutura normativa do princípio em sentido estrito segue o esquema descrição de fato operativo (no seu caso, uma descrição aberta) e previsão das consequências que devem resultar ou ser implementadas.

A argumentação a partir da coerência [...] busca não apenas evitar incompatibilidades ou contradições categóricas, mas na realidade encontrando um modo para que o sistema como um todo faça sentido, ao fazer sentido de suas ramificações separadamente (MACCORMICK, 2006, p. 347).

As tensões, disputas, contradições e interações entre valores rivais fazem com que a coerência seja muito mais uma pretensão ideal, que está à mercê da dinâmica de transformações constantes no Direito.

O segundo nível de justificação opera-se quando tem lugar a aplicação direta de um princípio ao caso concreto. Do mesmo modo, é necessário que se estabeleça um caminho de aplicação que guarde coerência com a racionalidade do sistema. Nesse ponto específico, tem lugar o método da ponderação.

2.5 Interpretação e aplicação de princípios: a técnica da ponderação

Após justificar a diferença entre as formas de aplicação de princípios e regras e referenciar a ideia de racionalidade no Direito na razão prática discursiva, Alexy chega ao preceito da proporcionalidade⁷⁶ como síntese finalística do método de aplicação e solução de conflitos entre princípios. O autor baseia-se nas ideias complementares de razoabilidade e devido processo legal e esmiúça a proporcionalidade em três sub-regras, como se segue:

Esta regla comprende tres subreglas: la regla de adecuación (Grundsatz der Geeignetheit), la regla de necesidad (Grundsatz der Erforderlichkeit), y la regla de proporcionalidad en sentido estricto (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) (ALEXY, 1996, p. 46).

Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são as três dimensões de proporcionalidade que a técnica da ponderação propõe para a aplicação racional dos princípios. Conforme Flávio Quinaud Pedron (2008, p.25), as três sub-regras estruturam-se de modo a funcionar de forma sucessiva e subsidiária,

⁷⁶ A proporcionalidade é um axioma do conhecimento jurídico associado a equilíbrio e equidade (tradição romano-germânica) e ao *due process of law* (tradição da *common law*). O conceito de proporcionalidade trabalhado por Alexy vem da tradição jurisprudencial da Corte Constitucional Alemã.

ou seja, sua análise deve obedecer a uma ordem determinada e a subregra seguinte demanda o atendimento da anterior. Dessa forma, a sequência prescrita é aferição da adequação, necessidade e, por fim, proporcionalidade em sentido estrito.

A subregra da adequação refere-se à relação entre o fim prescrito pelo princípio, plasmado por um valor, e a idoneidade do meio escolhido pela autoridade para dar concretude a esse fim. A adoção de qualquer medida ou decisão em nome de um princípio só pode ser aceita se ela puder fomentar a realização de seu comando. A desconformidade entre o meio e o fim principiológico deve levar o operador do Direito a descartar, no processo de interpretação e solução de problemas, a ação ou decisão inadequada.

A inadequação é ainda mais patente quanto a medida que, além de inapta a proporcionar a realização material do conteúdo de um princípio, afeta negativamente outro princípio, conforme expõe Alexy:

Supongamos que el legislador introduce la norma *N* con la intención de mejorar la seguridad del Estado. *N* infringe la libertad de expresión. La seguridad del Estado puede ser concebida como materia, un principio, dirigido aun bien colectivo. A este principio le podemos llamar P1. La libertad de expresión puede ser concebida como un derecho individual fundamental que se basa en un principio. A este principio le llamaremos P2. Supongamos ahora que la norma *N* no es adecuada para promover P1, esto es, la seguridad del Estado, y sin embargo, infringe P2, o sea, la libertad de expresión. En este caso de inadecuación, existe la posibilidad fáctica de cumplir ambos principios conjuntamente en una mayor medida, declarando inválida *N*, que aceptando la validez de *N*. Aceptar la validez de *N* no conlleva ninguna ganancia para P1 sino sólo pérdidas para P2. (1993, p. 46)

O juízo de adequação, portanto, é pautado por razões instrumentais, relacionando meios aos fins inferidos do comando.

A subregra da necessidade, por sua vez, verifica-se na comparação entre formas alternativas de aplicação da norma, a partir do grau de restrição que poderiam causar a outros princípios. Diante da existência de múltiplos meios adequados para dar concretude à norma, a questão central neste tocante é a identificação daquele que não cause prejuízo a outros princípios, ou cause o menor prejuízo. A necessidade demanda, pois, a adoção do meio adequado e menos gravoso.

Diante de várias medidas e decisões diferentes capazes de realizar os fins estabelecidos por determinado princípio, o juízo de necessidade será atendido mediante a adoção do meio que menos afete outros princípios em questão.

Também neste caso Alexy (1993, p. 46) exemplifica:

Supongamos que hay una alternativa N' a N , que es suficientemente adecuada para promover $P1$, y que infringe menos $P2$ que N . En esta situación, $P1$, y $P2$ prohíben conjuntamente N . N no es necesaria para realizar $P2$, porque $P1$ puede ser cumplido con un costo menor.

As duas primeiras subregras sintetizam a verificação das possibilidades fáticas para a incidência de um princípio. A proporcionalidade em sentido amplo manifesta-se pelo alcance do que Alexy (1993) denomina “ótimo de Pareto”, a garantia de que a medida ou decisão analisada tenha algum sentido geral de compatibilidade e pertinência com o sistema jurídico, antes do enfrentamento principiológico propriamente dito.

No tocante à proporcionalidade em sentido estrito, última etapa do processo de ponderação, os princípios em confronto são diretamente mediados. Nesse momento, evidencia-se a análise da “dimensão de peso” inicialmente proposta por Dworkin, tendo lugar quando um ato adequado e necessário atinge outros princípios relevantes num caso concreto. Entra em questão a razoabilidade da restrição imposta aos princípios preteridos, comparada aos benefícios do princípio ao qual se atribuiu prevalência. Nessa fase, realiza-se a ponderação ou sopesamento propriamente ditos.

O caminho apontado por Alexy (1993), para que a ponderação seja efetuada com razoabilidade, “puede expresarse de la siguiente manera: cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del outro principio” (ALEXY, 1993, p. 47).

Na análise da proporcionalidade em sentido estrito, algumas questões devem ser respondidas, entre elas: os princípios protegidos e benefícios gerados são mais relevantes do que as restrições provocadas? A relação entre o valor das perdas e valor dos ganhos advindos da preferência por um princípio é equilibrada, ou desequilibrada em favor dos ganhos? O sacrifício causado pode ser justificado pela superioridade do fim buscado? Em síntese, questiona-se qual é o princípio a

que se deve atribuir maior peso e em que limites essa preponderância pode ser estabelecida.

Nas subregras de adequação e necessidade, a análise se executa por meio da remissão do princípio em exame e seus desdobramentos à viabilidade fática, considerando sua compatibilidade com a estrutura geral do ordenamento, numa espécie de aferição de legitimidade. Na proporcionalidade em sentido estrito, o princípio, chancelado nas fases anteriores da ponderação, é confrontado com as restrições que causa a outros princípios ou regras com que vem a colidir, que, da mesma forma, reivindicam incidência e gozam de autoridade da fonte produtora. Nesse momento, o desfecho da questão demanda que o julgador escolha um dos princípios em jogo.

Diferentemente dos dois passos anteriores, em que, a partir do parâmetro do direito positivo constitucional e da realidade fática, era possível demonstrar com clareza o caminho percorrido pelo julgador, a verificação da proporcionalidade em sentido estrito remete o juízo a um campo que extrapola os limites jurídico-positivos, pelo que não se pode compreender ou justificar a decisão apenas a partir de ditames normativos. Nesse limite, o filósofo alemão retoma a ideia da correlação entre direito e moral:

En muchos casos la respuesta no es clara. La teoría del discurso no es una máquina que nos permita determinar exacta, objetiva y definitivamente el peso de cada derecho, pero muestra que son posibles los argumentos racionales acerca de los derechos. Y por esto, muestra que la inclusión de derechos fundamentales en el sistema jurídico conduce a una conexión entre Derecho y Moral (ALEXY, 1988, p.49)

A ideia síntese é que a confrontação de princípios é, na verdade, a confrontação dos valores que subjazem aos princípios.

2.6 Princípios e valores: influência sobre o direito constitucional

No início deste capítulo, aludimos à jurisprudência dos valores como o campo teórico que promoveu a incorporação de elementos valorativos ao conceito

de Direito e reconheceu a insuficiência do método lógico-dedutivo para, isoladamente, permitir o conhecimento adequado do fenômeno jurídico. Esse campo teórico introduziu no Direito novos elementos epistemológicos e metodológicos, notadamente os valores sócio-políticos que, inegavelmente, se incorporam ao ordenamento e são traduzidos em linguagem jurídica.

O conseqüência dessas mudanças teóricas foi a elaboração contemporânea da ideia de princípios, tipos normativos que traduzem conjuntos de valores políticos e sociais que moldam o ordenamento, extrapolando o conceito positivista de Direito e implementando aspecto axiológico ao sistema. Alexy (1988, p. 144) considera que:

El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral.

Daí que firma suas conclusões no sentido de vincular argumentação jurídica e moral. A busca da racionalidade no discurso jurídico seria também uma busca do que é melhor.

A tese da vinculação entre Direito e moral, nos termos adotados por Alexy e outros teóricos do campo da valoração, é controversa e combatida por parte da filosofia jurídica. Para autores como Hart, Raz e Ferrajoli, o erro fundamental dos teóricos que inserem a moralidade no Direito estaria em cair no campo das postulações prescritivas, tarefa que não pertence à ciência jurídica. O abandono da descrição e enveredamento do jurista no caminho da prescrição poderia dar ensejo à usurpação da função do legislador, que é o agente legítimo de criação do Direito.

Outras críticas dirigidas se expressam na acusação de autoritarismo, derivado do universalismo moral que permeia a tese; a falta de cientificidade da abordagem valorativa, que, em última instância, seria um retorno ao jusnaturalismo; o apelo a concepções metafísicas, entre outras. No entanto, este trabalho não comporta a reflexão acerca dessas críticas.

A despeito da controvérsia e dos pontos frágeis que se devem reconhecer no modelo jurídico de princípios e valores e na técnica da ponderação em particular, é inegável que o desenvolvimento dos estudos e produções no Direito proporcionou novos rumos e novos questionamentos, a partir da reincorporação dos debates políticos e valorativos. Esse giro paradigmático está associado às reflexões

filosóficas e políticas pós-Segunda Guerra Mundial. A partir da influência de vertentes como a Teoria Crítica, o neoconstitucionalismo, correntes pós-positivistas, entre outras, postulou-se o esgotamento do modelo juspositivista clássico nas tarefas de compreender o fenômeno jurídico e construir soluções para os conflitos que permeiam esta esfera.

Tal renovação teórica conduziu a novos paradigmas no constitucionalismo, o que interessa especialmente neste trabalho. A reflexão sobre princípios jurídicos, a elaboração de um método interpretativo no Direito adequado à estrutura principiológica são, ao mesmo tempo, demandas e instrumentos de uma nova compreensão do papel da Constituição no ordenamento jurídico. Nas duas decisões analisadas no capítulo três, o problema central é, justamente, a interpretação constitucional orientada por princípios e, tanto no STF quanto na CSJN, a representação valorativa-principiológica é reconhecida como paradigma político-jurídicos da hermenêutica realizada. Nos ordenamentos contemporâneos, os valores dos princípios estão consubstanciados no texto constitucional especialmente por meio dos direitos fundamentais. Por essa razão, geralmente os conflitos entre princípios se estabelecem pelo choque entre direitos fundamentais de sujeitos variados. As especificidades principiológicas estudadas nas seções anteriores são elaborações que procuram apreender a dimensão semântica dos princípios e operar o debate e o proceder jurídico num nível condizente com as demandas que se apresentam ao Direito nos dias atuais.

Com a amplitude das constituições e complexidade das relações sociais, esses conflitos ocorrem cada vez em maior número. A atualidade é marcada pela constitucionalização da vida e a demanda crescente pela tutela de direitos fundamentais. Por essa razão, a disputa entre valores de relevância social traduzida em linguagem jurídica trata-se de fenômeno que não pode ser ignorado no Direito.

Essas questões são centrais para a compreensão dos procedimentos interpretativos adotados nos julgamentos e as decisões a que chegaram as Cortes argentina e brasileira e suas implicações no campo do direito à comunicação. Partindo, desse cabedal teórico, passamos à análise dos processos de controle de constitucionalidade sobre a *Ley de Medios* e a Lei de Imprensa.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEY DE MEDIOS E DA LEI DE IMPRENSA: A DISPUTA PRINCIPIOLÓGICA DOS PARADIGMAS DA COMUNICAÇÃO NA CSJN E NO STF

As reflexões dos dois primeiros capítulos forneceram o arcabouço conceitual necessário para uma análise precisa dos processos de controle de constitucionalidade promovidos na Argentina e no Brasil, respectivamente sobre a *Ley de Medios* e a Lei de Imprensa. Neste capítulo, utilizaremos os conceitos estudados para aduzir as influências exercidas pelos paradigmas em disputa no campo da comunicação sobre as partes litigantes e, especialmente, sobre as cortes brasileira e argentina.

3.1 O controle de constitucionalidade da *Ley de Medios* na Corte Suprema de Justicia de la Nación

No primeiro capítulo⁷⁷ deste trabalho, foi abordado que, ao longo de duas décadas, os movimentos sociais na Argentina organizaram-se pela democratização do espaço midiático, centralizados na Coalizão por uma Radiodifusão Democrática. Em 2009, a pressão popular alcançou a aprovação de um novo marco regulatório para os meios de comunicação audiovisual no país, com a sanção da lei 26.522, em 10 de outubro.

Ainda em 2009, a *Ley de Medios* foi impugnada judicialmente, em ação declaratória de inconstitucionalidade, promovida no *Juizado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial Federal nº 1, Secretaria nº 1*. Na autoria da ação, estavam Grupo Clarín S.A., Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Cablevisión S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A. e, no pólo passivo, o Estado Nacional Argentino⁷⁸.

⁷⁷ Vide seção 1.4.1.

⁷⁸ O processo argentino foi bastante complexo e contou com a concessão de inúmeras medidas cautelares em primeira instância, que fracionaram a vigência da *Ley de Medios*. Entretanto, o objeto deste trabalho não comporta adentrar na tramitação dessas medidas cautelares ou no direito processual constitucional argentino. Nosso foco é o trâmite do recurso extraordinário de autos apensados 439-XLIX, 445-XLIX e 451-XLIX, decido pela CSJN. Para maiores detalhes a esse respeito, remetemo a leitura da matéria “Ley de medios, el fin de las cautelares suspensivas erga

As mencionadas empresas de comunicação se opunham à nova lei como um todo, mas o questionamento de constitucionalidade foi dirigido aos artigos 41, 45, 48, parágrafo primeiro, e 161.

O artigo 41 estabeleceu a intransferibilidade das licenças de exploração de sinais e canais de radiodifusão⁷⁹, configurando o caráter *intuitu personae* do ato de adjudicação e da prestação de serviço no setor⁸⁰.

O artigo 45, por sua vez, criou o novo regime de acumulação de licenças, baseado nos princípios de diversidade e pluralidade. Para isso, interveio na quantidade de sinais ou canais por ente, no alcance territorial e no percentual de público atingido.

O dispositivo divide-se em três parágrafos, que estabelecem os limites cumulativos nos níveis nacional, local e por sinal.

O artigo 48, em seu parágrafo primeiro, estabeleceu que o regime jurídico da concessão de licenças de exploração audiovisual não gera direito adquirido ao licenciatário, especialmente diante de medidas de desmonopolização dos meios audiovisuais e fomento da concorrência⁸¹. Por fim, o artigo 161 determinou que todos os sujeitos detentores de concessões fora dos limites previstos pelo artigo 45 se ajustassem ao novo regime, o que implica na necessidade de venda das licenças excedentes e, caso não cumprido, na devolução ao Estado⁸².

O comando conferiu aplicabilidade ao artigo 45 para licenças concedidas antes da vigência da *Ley de Medios* e, ao exigir que o ajustamento ocorresse em um ano, fez da desconcentração econômica dos meios audiovisuais uma realidade

omnes”, disponível em: < <http://www.saberderecho.com/2010/06/ley-de-medios-el-fin-de-las-cautelares.html>>.

⁷⁹ Ou, em casos específicos, criou condições específicas de transferibilidade.

⁸⁰ **ARTICULO 41.** — *Transferencia de las licencias.* Las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intransferibles.

⁸¹ **ARTICULO 48.** El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en el futuro.

⁸² **ARTICULO 161.** — *Adecuación.* Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen.

Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41.

temporalmente próxima. Com isso, não será necessário aguardar pelo vencimento das licenças para que o dispositivo seja implementado.

A ação foi denegada na primeira instância em 12 de dezembro de 2012. Em 14 de fevereiro de 2013, a *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal* julgou o recurso parcialmente procedente, denegando o pedido quanto aos artigos 41; 161; 45, §1, incs. a e b, § 2, incs. a e b.. Reconheceu, ainda, que à autora competia o direito de demandar o Estado Nacional por danos e prejuízos causados pela perda das licenças.

Alguns juízes da Câmara de Apelação atacaram as medidas restritivas de acumulação de licenças como inadequadas, do ponto de vista da técnica da ponderação, pois não fomentariam a concorrência no campo comunicacional, e desnecessárias, também de acordo com aquela técnica, dado que medidas menos restritivas poderiam conduzir aos resultados pretendidos.

O Estado Nacional, a Autoridade Federal de Serviços de Comunicação Audiovisual (AFSCA), como terceiro interveniente, a empresa Cablevision S.A. e o Grupo Clarín, ingressaram com recursos extraordinários dirigidos à CSJN, contra os pontos da decisão da Câmara em que foram sucumbentes.

A seguir, analisaremos os principais argumentos apresentados ao longo das três instâncias processuais pela parte demandante e pela defesa. Como se verá, diversos argumentos apresentados procuram sustentação nos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, da técnica de ponderação.

3.1.1 Grupos midiáticos e liberdades de expressão e imprensa: respeito à propriedade e liberdade de empresa

O controle de constitucionalidade foi requisitado pelas mencionadas empresas midiáticas com base nos artigos 14 e 32 da Constituição Nacional, que protegem as liberdades de expressão, de imprensa, de comércio e indústria e o direito de propriedade.

Alegaram também direito adquirido, o princípio da igualdade e o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que consagra o direito à liberdade de expressão e informação, resguardando-a de qualquer tipo de censura prévia.

A partir desse referencial normativo, as demandantes levaram ao processo os fundamentos para a impugnação de cada dispositivo da *Ley de Medios, de acuerdo com as justificações abaixo expostas*.

Para as empresas, as licenças compunham os ativos de seus titulares e, ao estabelecer a intransferibilidade das licenças e retirá-las do mercado comercial, o artigo 41 causaria consideráveis prejuízos materiais. Desse modo, o dispositivo infringiria o direito de propriedade. Demais disso, a exigência de autorização do órgão governamental⁸³ para as transações de empresas que detenham licenças afetaria a liberdade de comércio, bem como, novamente, o direito de propriedade.

Quanto ao regime de acumulação de licenças criado pelo artigo 45, as autoras alegaram que os novos limites provocariam uma situação de insustentabilidade organizativa e financeira para os serviços de radiodifusão, pois a nova ordenação tornaria a exploração da mídia audiovisual um negócio inviável. A perda de autonomia econômica atentaria diretamente contra a independência da comunicação e as liberdades de imprensa e expressão.

A impugnação ao artigo 45 se voltou detidamente a cada um de seus parágrafos. No tocante à limitação em uma licença por satélite por sujeito (§1, inc. a), foi alegada a desvantagem competitiva em face do único operador de televisão satelital, de propriedade estrangeira. Para as demandantes, a norma teria conferido tratamento discriminatório, dado que o serviço via satélite pode atingir todo o território nacional com apenas uma licença, alcance que, para televisão por cabo, requer múltiplas licenças locais.

Foi ainda levantada ofensa ao princípio da igualdade em razão do tratamento diferenciado conferido ao Estado, cujas empresas têm permissão legal para acumular serviços de televisão via satélite e outras modalidades de sinais.

No tocante à de televisão por assinatura (§1, inc. a, art. 45), as autoras postularam não haver justificativa para o estabelecimento de restrições cumulativas, dado que a quantidade possível de canais para esse tipo de serviço é fisicamente ilimitada, pois o espectro radioelétrico não é ocupado. Dessa alegação, é possível

⁸³ Conforme a regulamentação do artigo 41, a competência da apreciação é da AFSCA.

inferir que as demandantes adotaram o entendimento de que a intervenção estatal no campo audiovisual deve ser mínima, adstrita aos casos em que o recurso a ser distribuído é limitado. A restrição à acumulação de sinais de televisão paga representaria agressão à propriedade e à liberdade de expressão.

Ao sustentar que a intervenção do Estado não geraria qualquer benefício em favor de direitos constitucionais relevantes, a argumentação negou que o dispositivo atendesse ao requisito de adequação, conforme descrito na seção 2.3.3 do capítulo 2.

Do mesmo modo, foi contestada a limitação de sinais radioelétricos a 10 licenças por titular (§. 1, inc. b, art. 45), sustentando-se que o potencial de exploração do espectro foi ampliado, em razão dos avanços tecnológicos. O argumento fundava-se na falta de necessidade da medida, pois ela, a despeito de constituir-se em via adequada de divisão do espectro, não seria o meio menos gravoso para a consecução desse fim, dado que seria possível o estabelecimento de limites de acumulação bem mais amplos.

Nesse ponto da argumentação, é perceptível a filiação ao paradigma do livre mercado para o campo comunicacional. Observe-se que a construção conceitual que confere base às alegações de ausência de adequação e de necessidade dos dispositivos é conseqüência dos preceitos do *laisse faire*. Por essa perspectiva, não se pode conceber a intervenção do Estado em um setor da economia em que não haja escassez de recursos (no caso, sinais audiovisuais), pois o mercado possuiria os mecanismos necessários para a autoregulação e otimização de suas atividades.

A exploração da comunicação audiovisual foi equiparada a um ramo empresarial como outro qualquer. As autoras não consideraram, por exemplo, os objetivos da norma em proporcionar pluralidade de vozes junto aos meios de comunicação audiovisual, nem o combate à formação de monopólios. As razões do recurso extraordinário apresentadas pelo Grupo Clarín S.A. reforçam essa conclusão. A empresa, antes de se dirigir especificamente a cada artigo, impugnou a *Ley de Medios* como um todo, sustentando que o propósito proclamado pela norma de combater um monopólio cuja existência não foi judicialmente comprovada estaria criando um regime mais controlado, em matéria de livre concorrência, do que o existente para os demais setores do mercado.

Referindo-se às limitações na ordem local (§2, art. 45), as autoras aduziram que a impossibilidade de integração entre sinais de televisão aberta e por assinatura

eliminar a dupla margem de gestão e adoção integrada de decisões, gerando prejuízos quanto aos preços e qualidade dos produtos ofertados ao consumidor final. Negou-se, portanto, o cumprimento da proporcionalidade em sentido estrito, pois a imposição das restrições referidas e as perdas infligidas aos consumidores seriam medidas muito negativas em comparação aos benefícios advindos do objetivo de partilha dos sinais. Argumentaram, pois, o desequilíbrio entre a importância do fim perseguido e a dimensão das restrições impostas pela medida.

Contra a proibição de integração vertical entre produtores de conteúdo e distribuição por cabo e satélite (§3, art. 45), foi sustentado o aumento de custos e, em consequência, queda na qualidade dos produtos ofertados ao consumidor. Nesses termos, haveria ofensa aos direitos de propriedade, liberdades de comércio e indústria e liberdades de expressão e imprensa. Afirmou-se que a medida não seria fator de estímulo da concorrência – objetivo visado pelo dispositivo –, evidenciando-se, assim, o argumento de inadequação.

O referencial economicista das construções argumentativas das autoras também foi posto em evidência por meio da afirmação de que o preceito da não acumulação seria impingido de irracionalidade econômica.

Por fim, opondo-se ao artigo 45 de forma global, as empresas sustentaram que a finalidade do dispositivo, em verdade, residiria na perseguição política contra grupos midiáticos específicos, os quais o Poder Executivo teria a pretensão de dismantelar⁸⁴.

O artigo 161, por sua vez, foi considerado um golpe contra a viabilidade financeira das empresas. As autoras, em primeiro lugar, sustentaram que o dispositivo conferiria indevidamente efeitos retroativos ao novo sistema de acumulação, em detrimento do direito adquirido à exploração das licenças já adjudicadas.

⁸⁴ Essa alegação, na verdade, foi o mote da campanha de deslegitimação da *Ley de Medios*, promovida na Argentina, que atingiu instâncias internacionais, divulgada por conglomerados midiáticos. Seguem alguns títulos de colunas e editoriais divulgados no Brasil: “Dinossauros no Brasil estão assanhadíssimos. Agora eles acham que vão conseguir pegar a Globo”; “A liberdade de imprensa acaba de sofrer um golpe na Argentina”, “Nova lei de mídia é vingança em dobro de Cristina, diz analista”, “Cristina Kirchner aperta cerco e tenta atingir finanças do Grupo Clarín”, “A Sociedade Interamericana de Imprensa (SIP) pediu a revisão pelo Congresso Argentino da recém-aprovada lei de serviços audiovisuais e considerou-a ‘um indício da deterioração da liberdade de imprensa nas Américas’”, “Vice critica ações anti-imprensa de Cristina Kirchner”.

Em segundo lugar, o prazo exíguo para o desfazimento de ativos vitais ao funcionamento das empresas detentoras de licenças provocaria drástica desvalorização patrimonial e frustraria investimentos projetados para um horizonte de, pelo menos, 20 anos. A imposição da medida comprometeria sua sustentação econômica, configurando ofensa ao direito de propriedade e às liberdades de expressão e imprensa. A acusação de perseguição por parte do governo a grupos opositores também foi levantada contra o dispositivo.

Por fim, o parágrafo primeiro do artigo 48, foi questionado em razão de vedar que se invocassem direitos adquiridos ante atos governamentais de regulação do regime jurídico das licenças.

As defesas do Estado e da AFSCA basearam-se em fundamentos de outra ordem frente aos que embasaram as alegações das autoras, mas, em certos pontos, também procurando evidenciar sintonia da norma com os requisitos da ponderação, como se verá a seguir.

3.1.2 Defesa do Estado Nacional e da AFSCA: a função social dos meios audiovisuais

No polo passivo do processo constituiu-se litisconsórcio entre o Estado Nacional Argentino e a Autoridade Federal de Serviços de Comunicação Audiovisual (AFSCA), admitida como terceiro interveniente.

Na defesa, o Estado Nacional levantou preliminar de ilegitimidade do Grupo Clarín S.A. e Teledigital Cable S.A., alegando que as referidas empresas não haviam cumprido o procedimento de renovação de suas licenças. A irregularidade fazia de ambas detentoras de fato apenas de licenças e carecedoras de interesse de agir.

Na contestação do mérito, em relação ao artigo 41, o Estado Nacional reforçou que a adjudicação de licenças e a prestação de serviços audiovisuais possuem caráter *intuito personae*. Essa natureza teria por finalidade assegurar a qualidade dos serviços e a manutenção da diversidade do acesso aos meios de comunicação. Nesse sentido, a intransferibilidade das licenças e as restrições à negociação acionárias se impõem para impedirem fraudes na qualificação dos

prestadores dos serviços e na observância dos limites de acumulação. Da mesma forma, aduziu que a intransferibilidade não ofenderia a liberdade de comércio, pois as licenças não seriam bens comercializáveis ou objeto de apropriação.

Quanto ao novo regime de acumulação, foi sustentado que o tratamento conferido às televisões de transmissão via satélite e por vínculo físico não constituiria favorecimento ao detentor da transmissão satelital, visto que, para ambos, existe o mesmo limite de 35% do total de assinantes e declarou a incompatibilidade absoluta entre ambas. As regras cumulativas menos restritivas para o Estado, por sua vez, justificariam-se em razão da natureza pública dos seus serviços prestados de forma gratuita, universal, sem fins lucrativos e em cumprimento da função social dos meios audiovisuais.

O Estado Nacional defendeu ainda não existir óbice a que o legislador regulasse a quantidade de licenças, independentemente da utilização do espaço radioelétrico. O objetivo do Poder Público não seria a administração de um recurso limitado, mas sim o favorecimento de políticas competitivas e antimonopólicas, o fomento da diversidade e a pluralidade de vozes, em salvaguarda da liberdade de expressão e do direito à informação. Nesse caso, o parâmetro de distinção da lei no estabelecimento dos limites não teria sido o tipo do meio utilizado, mas a definição dos âmbitos de mercado relevantes.

No que se refere aos supostos prejuízos causados aos consumidores pelo impedimento de integração vertical, o Estado Nacional afirmou que, segundo atestado pela Comissão Nacional de Defesa da Concorrência, a possível economia proporcionada por essa integração geralmente era revertida em favor das empresas, e não dos consumidores. Desse modo, foi afastada a alegação de lesão ao direito do consumidor e de ofensa a liberdade de informação.

Em resposta à impugnação do art. 161, o Estado Nacional procurou demonstrar que algumas das autoras já estavam em situação financeira difícil antes da norma, em razão de sua má gestão.

Por fim, aduziu que as licenças, sendo concedidas a título precário, não geravam direito adquirido aos seus detentores, portanto as condições de fruição dos direitos conferidos pela outorga de concessão poderiam sofrer alterações posteriores.

Após o julgamento em segunda instância, a defesa acrescentou que a Câmara de Apelação, ao apreciar a necessidade dos meios adotados pela norma

para fomento dos fins a que se propõe, realizara juízo de discricionariedade, invadindo a competência do Poder Legislativo. Questionou também o mérito da ponderação realizada pela Câmara. Nesse aspecto, a AFSCA alegou que a escolha valorativa da instância recursal havia sido equivocada, por atribuir primazia às possíveis afetações econômicas causadas aos grupos autores, em detrimento do interesse social de combate à monopolização dos meios audiovisuais e promoção da pluralidade de vozes no espaço da comunicação social.

Observe-se que o órgão jurisdicional, além das considerações técnicas, ao realizar a ponderação, abordou o conflito a partir de princípios valorativos subjacentes. A argumentação da defesa, por sua vez, disputou a prevalência do princípio da pluralidade na comunicação social em detrimento dos interesses patrimoniais das empresas.

Como será visto na seção a seguir, a mesma disputa continuou no recurso extraordinário.

3.1.3 Julgamento da CSJN: ponderação de princípios e prevalência da dimensão coletiva da liberdade de expressão

As empresas e o Estado Nacional ingressaram com recurso extraordinário perante a CSJN⁸⁵ e, no dia 29 de agosto de 2013, foi realizada audiência pública para oitiva dos *amici curie* das duas partes.

Em favor da impugnação da norma, pronunciaram-se o Observatório Iberoamericano da Democracia, a Organização de Associações de Empresas de Televisão Paga para Iberoamérica, a Associação Internacional de Radiodifusão, a Associação de Entidades Jornalísticas Argentinas e o Comitê do Consumidor.

O litisconsórcio do Estado Nacional e AFSCA teve a assistência da Universidade Nacional de Lanús, da Universidade Nacional de San Martín, do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), da Confederação Cooperativa da República Argentina, da Associação Argentina de Juristas, da Defensoria do Público de Serviços de Comunicação Audiovisual, do Centro de Estudo em Direito e

⁸⁵ Os sujeitos interpuseram recursos contra os pontos em que foram sucumbentes na decisão de segunda instância.

Economia, pertencente à Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires e da Associação Mundial de Rádios Comunitárias.

É possível perceber que a assistência da parte autora se fez eminentemente por meio de sociedades empresariais. De outro lado, em prol da constitucionalidade dos dispositivos impugnados, manifestaram-se entidades acadêmicas e movimentos sociais, especialmente da comunicação. A disputa que houve para a aprovação da lei repetiu-se na esfera judicial.

Da leitura das peças processuais, foi possível averiguar que o voto do relator, ministro Ricardo Luiz Lorenzetti, sintetizou o pensamento da Corte e foi acatado por sete ministros, havendo poucas considerações de divergência⁸⁶. Por essa razão e para que se evitem repetições desnecessárias, optamos por focar a análise no voto de Lorenzetti.

O ministro adotou uma sequência bastante didática no julgamento. Após descrever as principais fases do processo desde a primeira instância, esclareceu conceitos e evidenciou os princípios que haviam sido aduzidos pelas partes no processo. Em segundo lugar, aferiu se foi perpetrada ofensa indireta à liberdade de expressão individual da parte autora, com o intuito de demarcar o conflito principiológico real. Por fim, a partir da delimitação traçada, adentrou no juízo de constitucionalidade dos dispositivos impugnados, utilizando-se da técnica da ponderação.

Considerando os argumentos apresentados pelas empresas, o ministro sumarizou os princípios subjacentes às alegações no direito de propriedade, nas liberdades de comércio e empresa e nas liberdades de expressão e imprensa. Quanto aos interesses defendidos pelo Estado Nacional e AFSCA, extraiu o interesse público dos serviços de radiodifusão, a promoção da diversidade e universalização do acesso aos meios audiovisuais e o direito humano de expressar, receber e difundir informações, ideias e opiniões.

Após elencar as sínteses das alegações, o voto procurou esclarecer quais princípios se encontravam verdadeiramente em disputa, independentemente da construção interpretativa das partes. Para isso, Lorenzetti recorreu à análise do direito à liberdade de expressão a partir das duas dimensões em que se manifesta, a

⁸⁶ O ministro Carlos Fayt foi o único a votar pela inconstitucionalidade de todos os pontos impugnados. Ressaltamos que os ministros Juan Carlos Maqueda e Carmem María Argibay acompanharam o relator em suas razões, mas levantaram dissidência em relação ao modo de aplicação da lei no que se refere à proteção dos direitos de propriedade.

individual e a social, ou coletiva. Essa concepção é um padrão adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela ONU, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, entre outras cortes internacionais.

Na dimensão individual, o direito fundamental à liberdade de expressão determina que ninguém deve ser perseguido por causa de sua forma de pensar ou impedido de manifestá-la. A dimensão coletiva ou social, por sua vez, implica no direito da coletividade de conhecer a expressão múltipla e plural de pensamentos dos seus componentes. Conforme foi expresso no voto:

Dicha libertad [de expresión] requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; por implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. (ARGENTINA, 2013, p. 32).

É possível identificar as referências conceituais dessa divisão nas elaborações de Konrad Hesse (2009; 1995 *apud* Sarlet). O autor alemão propõe que os direitos fundamentais possuem natureza funcional dúplice, subjetiva e objetiva. No Brasil, o tema foi estudado por Ingo Sarlet (2007), que se expressa:

A constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui, sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 141).

A função subjetiva tem titularidade individual e é usufruída no gozo da personalidade. Tal dimensão tem como foco o sujeito do direito e, de acordo com formulação de Alexy (2011), gera prerrogativas de prestações negativas e positivas, pelo Estado e por particulares, bem como liberdades e poderes.

Sarlet (2007, p. 152/153) delimita de forma precisa alguns aspectos advindos da dimensão individual de um direito fundamental, sustentando que seu objeto está vinculado a fatores de conformação concreta da norma, o espaço de liberdade individual não é garantido sempre de maneira uniforme e que a diversidade da natureza dos direitos e posições jurídicas direciona-os contra

diferentes destinatários. Desse modo, a compreensão dos direitos fundamentais torna-se mais complexa, conforme expressa:

Neste contexto, cumpre frisar que os direitos fundamentais, mesmo na sua condição de direito subjetivo, não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, ainda que nestes a nota das subjetividades, no sentido de sua exigibilidade, transparência – de regra – da forma mais acentuada (SARLET, 2007, p. 152/153).

A segunda dimensão dos direitos fundamentais tem natureza objetiva e refere-se a eles como sínteses valorativas que unificam e orientam o ordenamento jurídico, gerando obrigações para todo o corpo estatal (eficácia irradiante) e para o conjunto da sociedade, nas relações públicas e particulares (eficácia horizontal). A dimensão objetiva representa o aspecto axiológico do ordenamento jurídico, o que novamente remete às análises do capítulo 2, acerca das funções de coerência, justificação e funcionalidade dos princípios e sua relação com os valores jurídico-sociais.

Na lição de Hesse (2009; 1995 *apud* SARLET), a dimensão objetiva confere garantias estruturais ao próprio sistema jurídico e, por essa razão, molda o conteúdo e os limites da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a partir de dois parâmetros. O primeiro é a convivência concomitante e igualitária entre os direitos fundamentais de múltiplos sujeitos. O segundo é a estruturação do ambiente social que permita sua própria existência. Nesse sentido, Hesse (2009; 1995 *apud* Sarlet) compreende que o conjunto dos direitos fundamentais revela os pressupostos básicos que viabilizam o Estado Democrático de Direito, que tem seu conteúdo conceitual mínimo no referencial valorativo que os embasa. Em síntese, só é possível a fruição de direitos fundamentais num ordenamento jurídico que seja orientado de forma global pelos valores que eles resguardam.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, portanto, atribui significado axiológico ao Direito, ao mesmo tempo em que determina uma função instrumental para a dimensão subjetiva. No caso da liberdade de expressão, essa instrumentalização significa que ela, além da fruição individual, esteja posta a serviço da democracia, como elemento que possibilita o esclarecimento, a transparência, a oportunidade isonômica de fala, a pluralidade e o debate livre. Esses requisitos constituem condições essenciais não apenas para a implementação da instância procedimental da democracia, mas devem ser

assegurados para se atinja a democracia também em nível substancial (CANOTILHO, 2010, p, 182).

Em sentido semelhante, a garantia desses preceitos reporta à condição ideal de fala, projeção que, no pensamento habermasiano, serve de parâmetro para que se identifiquem os elementos necessários para a realização da razão comunicativa na tomada das decisões políticas e vinculativas na sociedade (HABERMAS, 1993). Relembramos que elaboração habermasiana, por sua vez, forneceu a base conceitual para a teoria da argumentação jurídica e o método procedimental de decisão judicial estudados no capítulo 2.

O duplo aspecto dos direitos fundamentais é observado nas duas dimensões da liberdade de expressão consideradas no julgamento. Nesse tocante, a dimensão individual da liberdade de expressão foi apresentada como a exteriorização da liberdade de pensamento, imprescindível para a plena realização da personalidade e da dignidade individual. Nesse sentido, não poderia ser separada das possibilidades de difusão. O voto manifestou-se:

Este derecho comprende:

- a) el derecho de expresar las ideas, de participar en el debate público, de dar y recibir información y de ejercer la crítica de modo amplio (artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).
- b) La actividad profesional del periodista, a los fines de evitar restricciones que impidan el acceso a la información, o que pongan en riesgo sus bienes, su libertad o su vida [...]
- c) La libertad de imprenta, contemplada en el artículo 32 de la Constitución Nacional (ARGENTINA, 2013, p. 33)

Sob esse aspecto, a liberdade de expressão individual foi apresentada como faculdade de autodeterminação e realização pessoal, usufruída também na atividade de jornalista.

Quanto à face coletiva da liberdade de expressão, que pode ser alinhada à ideia de dimensão objetiva desse direito fundamental, o julgamento configurou-a como o “instrumento necessário para garantir a liberdade de informação e a formação da opinião pública” (ARGENTINA, 2013, p. 34). Nesse sentido, a realização dessa dimensão residiria no conjunto de garantias voltadas à criação de um espaço público amplamente acessível a vozes e sujeitos diversos, em que fosse possível a cada um ouvir e se fazer ouvir.

Conforme os termos do voto:

Desde este punto de vista, la libertad de expresión se constituye en una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática [...] como sistema de autodeterminación colectiva por el cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios e política públicas que regirán el desenvolvimiento de la sociedad política (ARGENTINA, 2013, P. 34).

Nessa compreensão, a Corte aproximou-se de uma ideia mais substancial de democracia, indo além do âmbito do exercício individual das prerrogativas democráticas, depreendendo-a a partir das demandas coletivas por espaços e instrumentos decisórios capazes de garantir a pluralidade de sujeitos e de vozes. Compreende-se, assim, a coerência da associação entre liberdade de expressão em dimensão coletiva e as implicações sociais e supra-individuais das ações comunicacionais como pressuposto essencial de implementação do princípio democrático.

Dessa forma, dimensão coletiva do direito à liberdade de expressão refere-se à garantia estrutural do princípio democrático e é conglobante do ordenamento jurídico, desde a definição de seus objetivos e funções (aspecto de coerência global), à densificação axiológica (aspecto de justificação), que pautam, por sua vez, a definição do âmbito e do conteúdo dos demais direitos. Sarlet assevera que:

É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes. (SARLET, 2007, p. 145/146)

Da relação entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, aplicada à liberdade de expressão, é possível compreender as conclusões do voto. A primeira trata-se da consideração de que a face coletiva da liberdade de expressão demanda uma atuação estatal que garanta sua fruição e, ao mesmo tempo, promova o princípio democrático, por meio da pluralidade de vozes, de acesso universal aos meios de comunicação e do livre debate público.

Nesse ponto, remetemos aos aspectos descritos por Owen Fiss (2005)⁸⁷ no tocante às teorias libertária e democrática da liberdade de expressão. Podemos

⁸⁷ Vide seção 1.2.1 do capítulo 1

afirmar que a teoria libertária considera apenas a dimensão subjetiva do direito fundamental à liberdade de expressão, enquanto a teoria democrática enfatiza a dimensão objetiva desse direito. Por essa via, a teoria democrática chega a postulações semelhantes às sinalizadas por Hesse e Sarlet e adotadas no julgamento, de que a dimensão objetiva da liberdade de expressão, como manifestação do aspecto comunitário e coletivo do direito fundamental, pode promover a delimitação adequada da dimensão individual⁸⁸.

Definida dessa forma, a dimensão coletiva da liberdade de expressão teria por escopo garantir que nenhum grupo ou indivíduo estivesse excluído do acesso aos meios e determinaria a função dos veículos audiovisuais, como se afirma na decisão: *“lo que exige ‘ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla’”* (ARGENTINA, 2013, p.38).

O julgamento considerou que, sendo os meios de comunicação audiovisual elementos de relevância considerável na formação do discurso público, a proteção à dimensão coletiva da liberdade de expressão perpassa por eles e demanda a heterorregulamentação do campo comunicacional, que deve ter por finalidade garantir o princípio democrático de forma efetiva e substancial. Chegou, portanto, à justificação da existência de um marco regulatório para os meios audiovisuais.

Dessa forma, a defesa da dimensão coletiva da liberdade de expressão comportaria ações estatais nos sentido de manterem-se a equidade do fluxo informativo, as garantias de defesa contra o poder dos meios de comunicação, a proteção contra práticas monopólicas e a promoção da multiplicidade de vozes na comunicação pública. O julgamento considerou que a *Ley de Medios* fora elaborada com esse escopo:

Que en su faz colectiva – aspecto que especialmente promueve la ley impugnada – la libertad de expresión es un instrumento necesario para garantizar la libertad de información e la formación de la opinión publica [...].(ARGENTINA, 2013, p. 34) (grifo nosso).

⁸⁸ Ressaltamos que não foi observado na obra de Fiss menção ao conteúdo axiológico global dos direitos fundamentais, conforme teorizado por Hesse. Sua preocupação reside fundamentalmente no aspecto procedimental da democracia participativa.

Adotando o referido ponto de vista, o julgamento situou a lide processual num patamar que não foi alcançado pelas alegações da parte autora, restritas à dimensão individual da liberdade de expressão, ou, segundo a terminologia de Hesse (2009; 1995 *apud* SARLET), a seu caráter subjetivo.

O passo seguinte do voto foi aferir se a *Ley de Medios* ofendia as liberdades de expressão e de imprensa das empresas demandantes. Lorenzetti situou o problema em perscrutar se norma perpetrava artifícios econômicos, limitadores da manifestação do pensamento⁸⁹.

Em razão do caráter geral, a norma não teria por escopo afetar particularmente um sujeito específico. Portanto, caberia às autoras o ônus de provar a afetação de seu direito, demonstrando que as restrições causadas pela nova lei privavam-nas de sustentabilidade operativa e econômica.

O voto considerou que as perícias econômica e contábil apresentadas não atestaram a inviabilização financeira das entidades. A despeito da demonstração de perdas, a arguição de que a norma causaria o fechamento das empresas não teve sustentação probatória. Desse modo, foi afastada a alegação de ofensa às liberdades de expressão e imprensa, pois não restou provado que o novo regime de licenças aniquilaria economicamente as empresas autoras, conforme segue:

[...] las consideraciones precedentes llevan a concluir que de acuerdo con las constancias de la causa, en el caso no se encuentra el derecho a la libertad de expresión del Grupo Clarín, en tanto no ha sido acreditado que el régimen de licencias que establece la ley ponga en riesgo sustentabilidad económica (ARGENTINA, 2013, p. 48).

Esse posicionamento foi fundamental para o deslinde do julgamento, pois, a partir da exclusão da alegação de ofensa às liberdades de expressão e de imprensa, o conflito de constitucionalidade foi delimitado, entre o direito de propriedade e livre comércio do grupo autor e o direito à liberdade de expressão em sua face coletiva (ARGENTINA, 2013, p. 49).

⁸⁹ Conforme explicado na decisão (p. 42) a liberdade de expressão individual pode ser afetada de forma direta, por constrição das possibilidades de expressão do sujeito, ou por via indireta, que, conforme o art. 13.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos, define-se pelo “abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação” (BRASIL, 1992). Em razão das características do caso, o problema foi demarcado no campo da via de atuação estatal indireta.

A descrição da demanda expressa um conflito de princípios que, como se verá, a Corte solucionou por meio da ponderação. A delimitação clara dos princípios em confronto é fundamental no momento em que se aferem as condições jurídicas de incidência do princípio representado pela medida normativa.

O exercício conceitual preliminar e a exclusão da alegação de ofensa às liberdades de expressão e imprensa tem um importante resultado para o modo de proceder ao julgamento. O conflito estabelecido envolve a restrição aos direitos de natureza apenas patrimonial, o que resulta no exercício brando do controle de constitucionalidade. Sendo assim, a identificação do conflito nos limites de direitos apenas patrimoniais da parte autora seria impeditiva de que o Judiciário adentrasse no juízo realizado pelo Poder Legislativo quanto à escolha dos instrumentos voltados à realização das finalidades a que se propõe a *Ley de Medios*.

Por essa via, o julgamento afastou a apreciação do requisito de necessidade das medidas impugnadas, considerando-a insindicação, pois a seleção dos instrumentos normativos de intervenção na realidade pertenceria ao juízo de oportunidade e conveniência (discricionariedade) do Legislativo. O voto posicionou-se da seguinte forma:

[...] la función de esta Corte no es la de establecer si la ley 26.522 se adecua a los avances tecnológicos, si es una ley obsoleta, si se trata o no de una ley incompleta o inconveniente, o en otras palabras, si se trata de la mejor ley posible. Todos estos aspectos están vedados al conocimiento de los jueces. (ARGENTINA, 2013, p. 73).

Feitas as delimitações preliminares, o julgamento passou à análise de constitucionalidade propriamente dita, através da técnica da ponderação, iniciando as considerações ponderação do artigo 45⁹⁰.

A medida de restrição imposta pelo dispositivo consistiu no novo regime de acumulação de licenças e a finalidade pretendida, expressa nos artigos 1º e 45, seria a desconcentração dos meios, o fomento da concorrência, a universalização de novas tecnologias e a garantia da diversidade e pluralidade. A esses objetivos, somam-se os declarados no artigo 3º, como a participação de atores plurais e de

⁹⁰ Conforme o raciocínio demonstrado no voto, da alegação de objetivos da *Ley de Medios*, depreende-se que o princípio que a norma busca realizar é a dimensão coletiva da liberdade de expressão, intrinsecamente ligada ao princípio democrático. Para a realização desse fim estratégico, a norma estabeleceu objetivos táticos, entre os quais o combate à formação de monopólios e o fomento da livre concorrência, consignados no artigo 45.

pontos de vista múltiplos na comunicação audiovisual (alínea *i*), a administração democrática do espectro radioelétrico (alínea *l*), dentre outros.

O voto não se deteve em minúcias de raciocínios e elaborações textuais para concluir em favor da idoneidade das regras de acumulação de licenças, considerando-as aptas a propiciar o alcance dos efeitos pretendidos. Em outras palavras, o novo regime de acumulação que a *Ley de Medios* impôs aos sinais audiovisuais foi considerado adequado para se promover a desconcentração no setor, o fim de monopólios e oligopólios, possibilitar a livre concorrência e, com isso, a democratização da comunicação no país. Nos termos do voto:

Es evidente que a través de la limitación de la cantidad de licencias y registros a todos los operadores de medios de comunicación se podría evitar la concentración y ello permitiría una mayor participación y diversidad de opiniones. (ARGENTINA, 2013, p. 58).

Superado o juízo de idoneidade, o artigo 45 foi analisado quanto ao requisito de proporcionalidade em sentido estrito⁹¹.

Conforme a técnica da ponderação, apresentada no capítulo 2, seção 2.3.3, após a aferição das condições fáticas de incidência do princípio em análise (adequação e necessidade), as condições jurídicas devem ser apreciadas, mediante a confrontação com outros princípios e regras que venham entrar em conflito. Nesse sentido, os princípios e regras cujos fatos operativos encontrem realização no caso específico reivindicam incidência e são ponderados em sua dimensão valorativa⁹².

O voto retomou a delimitação do conflito estabelecida preliminarmente e definiu, em primeiro lugar, que as restrições causadas às empresas autoras limitavam-se às perdas financeiras geradas pelo ajustamento ao novo regime de licenças⁹³. De outro lado, a pretensão do legislador foi sumarizada na defesa da dimensão coletiva da liberdade de expressão⁹⁴. O conflito principiológico foi

⁹¹ Recordamos que o voto afastou previamente a análise do requisito de necessidade.

⁹² Vide capítulo 2, seção 2.3.3.

⁹³ Relembremos que o voto afastara previamente a alegação de ofensa às liberdades de expressão e de imprensa.

⁹⁴ Vale ressaltar que, no voto, foi realizado um exame prévio quanto à legitimidade da existência de um regramento estatal sobre sinais e canais de transmissão audiovisual, considerando, inclusive, o caráter democrático da elaboração e aprovação da *Ley de Medios*, como se extrai da passagem: “Que no debe perderse de vista que el régimen de multiplicidad de licencias que impugna la actora surge de la propia ley y no de un acto emanado de la autoridad administrativa, ley que, ha sido precedida de numerosos proyectos durante los últimos treinta años, fue debatida ampliamente dentro y fuera del Congreso y finalmente sancionada por una importante mayoría de legisladores, representantes de numerosas corrientes políticas.” (ARGENTINA, 2013, p. 57).

demarcado entre o direito patrimonial das autoras e a liberdade de expressão coletiva.

Conforme Alexy (1988, p. 145), a partir da configuração do conflito entre princípios são extraídos os valores fundamentais em jogo⁹⁵. A confrontação direta demanda que o julgador opte por um deles, sendo necessário, para observância do procedimento racional de argumentação jurídica, que se demonstre a justificativa da escolha. Como proposto por Atienza e Manero (1991), a adoção de um princípio positivado não pode ser eximida de motivação⁹⁶. Da mesma forma, o conteúdo da motivação deve demonstrar que a decisão levou em consideração os comandos normativos e cumpre a exigência de coerência global com a estrutura do ordenamento jurídico⁹⁷.

Como assinalaram MacCormick e Alexy, a despeito da gama de métodos e técnicas desenvolvidos para controlar a racionalidade das decisões judiciais, a eleição do julgador, nesse limite, será pautada por conceitos e elaborações que extrapolam o âmbito exclusivamente jurídico. O processo de escolha deve ser claramente detalhado, para que se demonstre a aproximação máxima com os preceitos do ordenamento e a obediência aos princípios e regras que ele prescreve. Esse caminho pode atribuir mais transparência à decisão e aproximá-la o máximo possível da racionalidade. Entretanto, o limiar da ponderação em sentido estrito remete a preferências motivadas política e socialmente, conforme o contexto em que se insere a tomada da decisão.

Autores como Dworkin e Habermas criticam essa fronteira da ponderação. O primeiro, como mencionado no capítulo 2, postula ser possível chegar à decisão correta num conflito principiológico. Sua ideia de integridade do Direito conduziria à melhor resposta para um problema jurídico. Habermas, por sua vez, contrapõe-se ao que denomina mecanismo matemático e defende que as condições ideais do discurso não podem ser transacionadas e graduadas conforme a ocasião. A

⁹⁵ Conforme Alexy (1988, p. 140), o conflito entre princípios pode ser traduzido no conflito entre valores. Na configuração valorativa, busca-se o que é “bom” ou “melhor”; na configuração principiológica, os valores assumiriam a forma normativa e a busca se dirige ao “dever ser” válido.

⁹⁶ Dado que o princípio não constitui razão peremptória. Vide capítulo 2, seção 2.3.3, do capítulo 2. Relembre-se que isso ocorre porque um fato material pode configurar a hipótese de incidência de vários princípios, gerando um conflito, sendo necessário que se demonstrem os motivos da escolha do princípio a que se deu preferência, em detrimento dos demais.

⁹⁷ Delimitada e preenchida substancialmente por sínteses valorativas expressas por meio dos princípios jurídicos, que também animam as regras jurídicas.

ponderação valorativa, na visão do autor, destruiria a estrutura deôntica dos direitos fundamentais.

Klaus Günther (1993), por sua vez, não vislumbrava a ponderação de valores como critério racionalmente verificável, pois, no seu limite, ela substituiria a lógica da aplicação pela consideração do resultado, transformando a discussão acerca do que seria normativamente devido num juízo do que seria “melhor” para o caso. Com isso, o processo de argumentação seria interrompido pela introdução de critérios substantivos, carentes de justificação racional. Para Günther, a solução de conflito principiológico deve ser buscada num nível que possibilite a melhor fundamentação da norma aplicável ao caso e a coerência com o sistema jurídico deveria ser o elemento determinante da decisão, não a opção valorativa entre princípios, que, a seu ver, sempre será arbitrária.

A discussão a respeito de se a regra da proporcionalidade pode ou não atribuir racionalidade procedimental à decisão judicial escapa aos limites desta análise. Impende reconhecer, que, na delimitação do conteúdo e da incidência de uma norma, o exercício hermenêutico é inevitável. O método na ciência jurídica parece encontrar seus limites justamente na fronteira entre as regras jurídicas e a forma de apreensão e interpretação da realidade dos seus intérpretes⁹⁸. A decidibilidade própria ao Direito reclama soluções para situações concretas de conflito, independentemente dos impasses metodológicos. O voto de Lorenzetti, confirmado pela Corte Argentina, adotou a ponderação como caminho decisório do processo em análise, incorporando conceitos valorativos às suas considerações. A técnica da ponderação, as ideias de princípios e valores são construções doutrinárias que influenciam a interpretação constitucional. Incumbe-nos, portanto, refletir acerca dos resultados e limites alcançados com a incidência desses conceitos, bem como pelo caminho metodológico escolhido pelos julgadores. .

Dessas considerações, extraímos a abordagem atribuída ao conflito principiológico do processo no seguinte excerto:

La ley, al limitar la cantidad de licencias y registros persigue el enriquecimiento del debate democrático y, en definitiva, el fortalecimiento de la libertad de expresión y del derecho a la información de todos los individuos. En otras palabras, la regulación en examen apunta a favorecer políticas competitivas y

⁹⁸ Não se pode compreender essa “fronteira” como uma “linha divisória”, pois existem nuances, zonas híbridas e fatores imbricados que precisam ser compreendidos no âmbito do conhecimento jurídico.

antimonopólicas para preservar un derecho fundamental para la vida de una democracia como lo es la libertad de expresión y de información (ARGENTINA, 2013, p. 55).

O julgador claramente conferiu maior peso ao princípio da liberdade de expressão coletiva e, como consectário, ao princípio democrático, ante os alegados direitos patrimoniais das autoras. Através da prevalência atribuída, a ponderação revelou os valores preferidos no caso, expressando, ao mesmo tempo, juízos de “bondade” e de “dever-ser”, sendo o dever-ser, em última instância, determinado pelo que foi considerado “bom”.

O resultado da ponderação expressou o postulado de que, comparadas aos valores patrimoniais, a liberdade de expressão coletiva e a democracia representam valores mais elevados, “melhores”⁹⁹ para a regulação do campo da comunicação audiovisual. O juízo valorativo implicou no dever de que a liberdade de expressão coletiva e a democracia fossem preferencialmente adotadas na regulação do setor.

O voto sintetiza:

Que por las razones apuntadas, la entidad de los objetivos que persigue la ley y la naturaleza de los derechos en juego, las restricciones al derecho de propiedad de la actora – en tanto no ponen en riesgo su sustentabilidad y sólo se traducen en eventuales perdidas de rentabilidad – no se manifiestan como injustificadas. Ello es así en la medida en que **tales restricciones de orden estrictamente patrimonial no son desproporcionadas frente al peso institucional que poseen los objetivos de la ley.** (ARGENTINA, 2013, p. 59) (grifo do original).

A parte final da análise do artigo 45 evidencia as implicações atingidas com o uso da ponderação e pode revelar as influências conceituais, valorativas e políticas que adquirem predominância no processo judicial.

Quanto ao artigo 161, foram apreciadas as alegações de que o dispositivo ofenderia o direito adquirido e de que o prazo de um ano para a adequação causaria prejuízos financeiros consideráveis, afetando os direitos patrimoniais das empresas e, inviabilizando-as economicamente. O artigo, portanto, infligiria ofensa às liberdades de expressão e de imprensa.

⁹⁹ Ressalte-se que essa prevalência é firmada para o caso concreto em análise, nas condições específicas em que ele se configura.

O julgamento repeliu a primeira alegação atestando que o regime de fruição de concessão de licença não conforma direito adquirido. Sustentou também que não seria possível opor um pretense direito adquirido à exploração de licença contra lei fundada em interesse público.

Mais uma vez, o posicionamento decisório foi exposto por meio da aferição valorativa de preceitos em disputa, como segue:

Sostener que existen relaciones jurídicas que resultan insusceptibles de modificación implicaría sobreponer el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad, lo cual resulta inadmisibile y contrario al texto constitucional (conforme artículo 17). La existencia de derechos adquiridos de ningún modo puede eximir a un sujeto del cumplimiento de un nuevo régimen normativo (ARGENTINA, 2013, 63/64).

Percebe-se, no fragmento, a atribuição de predominância a valores de cunho coletivo, considerando-se sua imprescindibilidade na realização do princípio democrático.

No tocante à segunda formulação contrária ao artigo 161, o voto, que já havia afastado a alegação de inviabilização econômica das empresas, considerou que o Estado, em suas atividades lícitas, poderia interferir legitimamente sobre o patrimônio privado. Quaisquer perdas provocadas dariam ensejo a compensação financeira, parcialmente atendida já com a venda das licenças excedentes¹⁰⁰. Por fim, os ministros eximiram-se de apreciar o mérito do prazo de um ano, alegando tratar-se de competência típica do Poder Legislativo.

O reconhecimento da constitucionalidade do artigo 161 foi fundamental para que os preceitos gerais da *Ley de Medios* tivessem aplicação contemporânea ao momento político de sua promulgação.

No tocante ao parágrafo segundo do artigo 48, contestado como ofensa ao direito adquirido, a resposta jurisdicional se deu por meio da técnica de interpretação conforme a Constituição¹⁰¹. A decisão reconheceu que o teor do dispositivo não consistia em afastamento arbitrário do direito adquirido, mas sim na declaração de que as licenças audiovisuais são adjudicadas a título precário. Dessa forma, não

¹⁰⁰ A decisão reconheceu que as autoras poderiam ingressar com ação autônoma, demonstrando suas perdas e reivindicando indenização.

¹⁰¹ Técnica hermenêutica amplamente adotada também no Brasil, segundo a qual, em razão do princípio da preservação, uma norma só deve ser declarada inconstitucional caso não seja possível a adoção de nenhuma interpretação compatível com Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 141).

poderia haver aquisição de direito à manutenção de titularidade de uma licença diante de normas que, tendo como fim combater monopólios e fomentar a concorrência, modifiquem o regime jurídico existente ao tempo da concessão.

Justificando sua escolha hermenêutica, o ministro remeteu, mais uma vez, à ideia de coerência principiológica do ordenamento jurídico, pautada pelos preceitos consagrados na Constituição, conforme se observa:

Cabe recordar que “[l]a ley ha de interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y de los propósitos que la animan, a fin de lograr su armonía con todas las normas del ordenamiento jurídico vigente, del modo que mejor concuerden con los principios y garantías de la Constitución Nacional” (Fallos: 307:2284) (ARGENTINA, 2013, p. 70).

No excerto, também é perceptível a consideração das funções explicativa e de síntese valorativa dos princípios jurídicos¹⁰².

Por fim, na apreciação do artigo 41, pelos mesmos motivos apontados, o voto afastou as alegações de ofensa ao direito adquirido, bem como ao direito de propriedade, dado que as licenças de exploração audiovisual nunca foram passíveis de apropriação.

Após a consideração preliminar, o conflito principiológico provocado pelo dispositivo foi delimitado, ao mesmo modo como procedido quanto ao artigo 45. A intransferibilidade das licenças e a exigência de autorização de órgão estatal para transações, por um lado, afetariam os direitos patrimoniais e a liberdade de comércio das empresas. Demais disso, o dispositivo, conforme a decisão, visa a “evitar incumplimientos y fraudes mediante sucesivas operaciones de transferências y fusiones que impedian controlar al titular y responsable de las licencias en un momento dado” (ARGENTINA, 2013, p. 72) e proteger o interesse público na comunicação audiovisual.

Na aferição do juízo de adequação, o voto depreendeu que o caráter *intuitu personae* das licenças, garantido pela intransferibilidade e pelas restrições à comercialização, constituía-se em meio idôneo a fomentar a pluralidade do acesso aos meios de comunicação audiovisual. Na concepção do juízo, a medida protegeria as concessões contra burlas aos limites legais de acumulação, que poderiam ser

¹⁰² Vide seções 2.2.2.3 e 2.2.3 do capítulo 2.

transgredidos por sucessivos contratos, subcontratos e pessoas interpostas. Dessa maneira, o julgamento aduziu que:

Así, al considerar a la comunicación audiovisual como una actividad social de interés público, el principio de la intransferibilidad brinda especial importancia al carácter *intuitu personae* del titular de la licencia, constituyéndose en un medio adecuado para la consecución del fin social que persigue (ARGENTINA, 2013, p.72).

Quanto à ponderação entre as restrições patrimoniais e comerciais provocadas e a liberdade de expressão coletiva, mais uma vez o julgamento atribuiu maior peso a este último princípio. Primeiramente, foi considerado que os prejuízos financeiros infligidos às empresas poderiam ter indenização requisitada judicialmente. A decisão entendeu também que a restrição às transações comerciais seriam perfeitamente suportáveis diante da preservação contra fraudes no controle dos meios de comunicação audiovisual.

Ao longo de toda a explanação, a decisão harmonizou-se com os princípios positivados pela *Ley de Medios*. Para isso, foi necessário que a interpretação constitucional realizada conferisse prevalência a valores e pretensões de cunho coletivo, proclamados pela norma, em detrimento de valores patrimoniais. O processo judicial em análise representou a tradução para a instância jurisdicional do conflito social e não deixou de se posicionar sobre a disputa política que se instaurou antes e depois da promulgação da lei. A CSJN aferiu os princípios e valores conflitantes na realidade material e seu caminho hermenêutico revelou a predominância das influências conceituais e políticas do campo dos movimentos sociais que postularam a elaboração da *Ley de Medios*.

O julgamento determinou o indeferimento das impugnações e reconhecimento da constitucionalidade de todos os dispositivos.

3.2 O controle de constitucionalidade da lei 5.250/67 na ADPF 130: vazio normativo e desregulamentação da atividade de imprensa

O questionamento da constitucionalidade da lei 5.250/67, ou Lei de Imprensa, foi promovido em sede de controle concentrado, por via de Ação de

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)¹⁰³, interposta em 19 de fevereiro de 2008, pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT)¹⁰⁴. Nesta seção, analisaremos o processo da ADPF 130, levantando as principais alegações do partido autor, as considerações da Advocacia Geral da União (AGU) e, por fim, os fundamentos da decisão.

Diferentemente do procedimento adotado na análise da decisão da CSJN, foi necessário levantarmos elementos de votos apartados de alguns ministros. Escolhemos esse caminho porque, no julgamento brasileiro, mesmo com o assentimento majoritário dos membros da Corte ao dispositivo do voto do relator, alguns ministros aduziram argumentos e interpretações destoantes daquele, partindo de fundamentos que acrescentam elementos de interesse para o objeto tratado neste trabalho.

3.2.1 Impugnações do Partido Democrata Trabalhista (PDT): autoritarismo congênito e desregulamentação da liberdade de imprensa

Os parâmetros de controle apresentados na inicial foram os incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do artigo 5º, e os artigos 220, 221, 222 e 223. A parte autora referiu-se a esse bloco normativo como “liberdade de comunicação” (PDT, 2008, p. 5).

Nas considerações iniciais da peça, é perceptível o uso indistinto das expressões “liberdade de comunicação”, “liberdade de expressão”, “liberdade de manifestação do pensamento” e “liberdade de informação jornalística”. É possível aduzir que o conceito manejado na ação referia-se ao direito fundamental à liberdade de expressão, estendido à atividade jornalística na forma de “liberdade de imprensa”. Essa referência vem das primeiras elaborações de Stuart Mill (2001), conforme exposto no capítulo 1, seção 1.2.1.

Nesse sentido, a compreensão adotada pela parte acerca de liberdade de imprensa guarda relação apenas com a dimensão individual desse direito e, ao pleitear a plenitude ante a impossibilidade de normatização estatal que venha a

¹⁰³ O termo técnico mais preciso seria controle de recepcionalidade, sendo a norma em análise anterior à Constituição de 1988, apura-se sua recepção pelo novo ordenamento constitucional. De toda forma, o controle de recepcionalidade é um tipo específico de controle de constitucionalidade em sentido amplo, pelo que nossa referência à ADPF como exercício de controle de constitucionalidade.

¹⁰⁴ Vale destacar que o advogado do PDT na ADPF 130 foi Miro Teixeira, deputado federal pelo partido, jornalista e ministro da comunicação de janeiro de 2003 a janeiro de 2004.

interferir em sua fruição, demonstrou pautar-se pelo paradigma da teoria libertária, conforme descrita por Fiss (2005)¹⁰⁵.

O primeiro argumento apresentado pelo PDT remeteu ao contexto histórico e político de produção da norma e alegou que a Lei de Imprensa tratava-se de diploma de “autoritarismo congênito” (PDT, 2008, p. 12), instrumento de implementação da ditadura imposta ao país em 1964. Como reforço a essa contextualização histórica, foi destacado o papel que a Lei de Imprensa e o Decreto-lei nº 898 (conhecido como Lei de Segurança Nacional) tiveram na efetivação do Ato Institucional nº 5, de 1968, representando a base normativa da repressão oficial. A nova ordem constitucional não poderia, portanto, comportar o viés ditatorial imbuído na Lei de Imprensa.

Em segundo lugar, o partido alegou que os regramentos da norma não solucionariam satisfatoriamente a colisão entre direitos fundamentais, a que o exercício das atividades de imprensa desse causa. O autor referia-se às possíveis afetações à honra, à imagem e à vida privada. No seu entendimento, a Lei de Imprensa não seria condizente com os parâmetros constitucionais de exercício da liberdade de imprensa, conformados exclusivamente na vedação do anonimato, no direito de resposta proporcional ao agravo, na indenização por dano material, moral ou à imagem e a na penalização da ofensa à honra.

A partir desse raciocínio, a inicial esmiuçou a análise dos artigos que normatizam situações de conflitos entre direitos fundamentais, confrontando-os com os preceitos constitucionais acima referidos. Nesse sentido, a limitação ao valor de indenizações por danos morais causados pela transmissão de notícias (arts. 51 e 51), e o prazo decadencial reduzido para interposição de ação indenizatória (art. 56, *in fine*) enfraqueceriam os direitos de personalidade. No mesmo esteio, considerou que o menor prazo para contestação da ação (art. 57, §3º) e a exigência de depósito prévio para admissibilidade de apelação (art. 57, §6º) não seriam condizentes com os princípios constitucionais de proteção à liberdade de expressão.

Contra o dispositivo que conferia ao Ministro da Justiça poderes de apreensão de impressos (art. 63, §§ 1º e 2º do art. 60), a instituição de censura prévia para diversões e espetáculos (art. 1º, § 2º, parte inicial), a inadmissibilidade de exceção da verdade contra autoridades públicas na hipótese de crime de calúnia (arts. 20, § 3º, e 23), foi alegada a incompatibilidade com o regime de liberdade e

¹⁰⁵ Vide capítulo 1, seção 1.1.1.

democracia que fundamenta a ordem constitucional de 1988. O mesmo argumento aplicou-se à definição destacada e mais gravosa dos crimes contra a honra praticados pela imprensa (arts. 20, 21 e 22), a possibilidade de apreensão e destruição de impressos (arts. 61, 62, 63 e 64), proibição da manifestação do pensamento que “incite à subversão da ordem” ou afete “a moral e os bons costumes” (arts. 1º, § 1º, 2º, parte final, 14, 16, I, e 17) e a responsabilização do veículo ou do jornalista por danos e ofensas causados por entrevistas autorizadas (art. 37). Por fim, foi sustentado que a Constituição e a lei 10.610/02 trataram inteiramente da matéria referentes à propriedade de veículos de comunicação por estrangeiros, derogando os artigos 3º, 5º, 5º e 65.

A partir das razões sustentadas na inicial, a Lei de Imprensa foi questionada em sua totalidade e o PDT apresentou pedido de não-recepção em bloco. Segundo o autor, a norma seria:

Incompatível com os tempos democráticos, erigida sob a ementa de “Regula a liberdade de manifestação do pensamento e da informação”, o que colide com a Constituição do País, nos dispositivos elencados, e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XIX) (PDT, 2008, p. 48).

O pedido comportou a opção alternativa de não-recepção parcial, combinada à interpretação conforme de dispositivos destacados.

Frise-se que, à época da propositura da ação, o controle difuso de constitucionalidade já havia incidido sobre todos os artigos especificamente atacados na inicial e alguns deles tinham sido declarados não-recepcionados ou submetidos a interpretação conforme¹⁰⁶.

Não colocamos em questão os malefícios do autoritarismo inerente a diversos dispositivos da Lei de Imprensa¹⁰⁷, que, como alegado pelo autor, foi um dos instrumentos de repressão do regime ditatorial. Todavia, o que nos interessa nesta análise é extrair o arcabouço conceitual no qual se fundamenta a pretensão. Nesse sentido, inferimos duas diretrizes incorporadas pela parte autora.

A primeira foi o alinhamento de sua tese argumentativa ao conceito de liberdade de expressão como liberdade negativa absoluta, que não comporta

¹⁰⁶ São exemplos os processos RE-AgR28955533/SP; RE 348827/RJ; RE-AgR 402287/SP; RE447584/RJ.

¹⁰⁷ Como mencionado, já submetidos a controle difuso de constitucionalidade.

qualquer tipo de regulamentação, conforme o pensamento liberal libertário, descrito por Owen Fiss (2005), analisado no capítulo 1, seção 1.2.1. Essa disposição é claramente perceptível no último excerto transcrito, em que o autor funda o pedido de não recepção total da Lei de Imprensa no seu caráter de norma regulamentar da liberdade de manifestação do pensamento e da informação. Em outros termos, o PDT baseou-se na tese de que as referidas liberdades não são sujeitas a qualquer tipo de regulamentação, aproximando-se de uma hermenêutica libertariana¹⁰⁸.

Conforme sustentou a inicial, o objeto expresso pela ementa da Lei de Imprensa, por si, seria causa de inconstitucionalidade. Dessa interpretação, podemos concluir que o partido sustenta a autorregulação na comunicação, em outras palavras, a normatização colocada pelos sujeitos da relação comunicacional, mais especificamente as empresas de mídia.

A segunda tratou-se do conteúdo e abrangência atribuídos à liberdade de expressão. Na inicial, revela-se que a acepção do partido seria limitada à dimensão subjetiva desse direito, concebido apenas enquanto prerrogativa de fruição individual, voltada à realização da personalidade de seu titular. Em mais esse ponto, a posição vislumbrada harmonizou-se com a concepção liberal libertária de liberdade.

Vale ressaltar que, com essa postura, o partido perdeu de vista que os mecanismos atualmente concebidos pelos veículos midiáticos para fomento da liberdade de imprensa não se atém à liberdade individual de expressão, mas referem-se principalmente à liberdade comercial das empresas do ramo. Nesse sentido, a desregulação não seria instrumento da liberdade de expressão de sujeitos individuais, mas sim da liberdade de empresa (LIMA, 2010, p. 125).

Quanto à dinâmica de fruição da liberdade de imprensa frente à conjuntura real, a visão do partido foi demarcada apenas na possibilidade de conflitos com direitos de personalidade. Não se vislumbrou na inicial uma abordagem ao fenômeno da comunicação social nem se considerou a estrutura organizacional assumida pelos órgãos de imprensa na atualidade. O parâmetro argumentativo pareceu remeter à compreensão da imprensa existente à época da transição entre o regime absolutista e o Estado Liberal.

¹⁰⁸ Vide capítulo 1, seção 1.2.1.

Após nos debruçarmos sobre os elementos trazidos a baila pelo demandante, a seguir, apresentamos algumas considerações sobre o parecer da Advocacia Geral da União (AGU).

3.2.2 Parecer da Advocacia Geral da União: abordagem técnica e procedência parcial das impugnações

Um dos órgãos requeridos à prestação de informações foi a AGU que, através da mensagem 366, apresentou parecer na ação. A entidade levantou objeção preliminar ao deferimento do pedido, sustentando que a arguição não impugnou especificamente cada dispositivo da Lei de Imprensa. O não cabimento de pedido genérico no rito da ADPF impediria a apreciação do pedido de não recepção em bloco.

Quanto ao mérito dos pedidos alternativos, a AGU deteve-se na análise dos artigos especificamente mencionados pela autoria. Reconheceu primeiramente a inconstitucionalidade do artigo 1º, § 2º, parte inicial, que instituíra a censura a espetáculos e diversões.

Do mesmo modo, o artigo 3º, parte final do *caput* e §§1º, 2º e 7º, e a íntegra dos artigos 4º, 5º e 6º teriam sido revogados pelo regramento da organização comercial das entidades jornalísticas instituído pela Constituição.

Acerca dos artigos 20, 21 e 22, a AGU considerou que o tratamento penal diferenciado não consistia em ofensa à Constituição, pois a prescrição normativa, na função de conferir proteção aos direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana, guardaria conformidade com os princípios da proporcionalidade, da concordância prática e da harmonização.

Os artigos 20, § 3º (afastamento de exceção da verdade em processo de calúnia contra as autoridades federais arroladas) e 23 (agravamento das penas quando cometidas contra servidores e autoridades públicas) foram considerados compatíveis com a Constituição. A AGU sustentou que o tratamento especial conferido a autoridades públicas teria por escopo resguardar a reputação das instituições republicanas.

Assentindo com as alegações da autora, o parecer reconheceu que os limites indenizatórios estipulados pelos artigos 51, 52 e 53 não se compatibilizavam com a proteção constitucional aos direitos de personalidade. De modo contrário, os

§§ 3º (prazo de cinco dias para contestação) e 6º (exigência de depósito prévio para conhecimento de recurso) não consistiriam afronta à Constituição, por destinarem-se à compensação das vítimas de abusos da imprensa pelo retardamento do desfecho da decisão.

No que se refere ao artigo 61 (previsão de apreensão de impressos), o entendimento da AGU foi de que a medida, para guardar consonância com a Constituição, deveria restringir-se à repressão de atos de promoção de guerra, racismo e desestabilização da ordem social (incisos XLII e XLIV do art. 5º). O parecer assentiu com a não-recepção do artigo 62 (penalização da reincidência com suspensão de impressão, circulação ou distribuição do periódico), em razão da desproporcionalidade da pena que cria.

Por fim, reconheceu que o artigo 63 (possibilidade de que a apreensão de impressos fosse determinada pelo Ministro da Justiça), ofendia os princípios do contraditório, do devido processo legal e as liberdades de imprensa e conferia verdadeiro poder de censura à autoridade do Poder Executivo. Por essa razão, a pugnou por sua não recepção.

A AGU concluiu o parecer pela constitucionalidade dos demais artigos da Lei de Imprensa. Sua abordagem deteve-se eminentemente em aspectos técnicos e não foi feita uma discussão mais substancial acerca dos regimes da liberdade de expressão e imprensa.

Passamos agora à análise do julgamento da ADPF 130.

3.2.3 Voto do ministro Carlos Ayres: liberdade de imprensa como direito absoluto, impedimento de regulamentação estatal e procedência total do pedido

A ação foi relatada pelo ministro Carlos Ayres Britto que havia deferido parcialmente o pedido de liminar, suspendendo a eficácia da parte inicial do §2º do artigo 1º; do artigo 2º, §2º; dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 22, 23, 51 e 52; a parte final do artigo 56; os §§ 3º e 6º do artigo 57; os §§ 1º e 2º do artigo 60; os artigos 61, 62, 63, 64 e 65.

O ministro iniciou suas considerações delimitando conceitos utilizados em seu raciocínio decisório. O primeiro deles referiu-se à acepção de imprensa a partir

de duas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva. Objetivamente, a imprensa foi definida como a gama de todas as atividades jornalísticas, da produção à veiculação dos conteúdos comunicativos. A dimensão subjetiva consistiria no conjunto dos meios da comunicação através dos quais as produções de imprensa são transmitidas e difundidas. Desse modo, ao referir-se à imprensa, o ministro abrangeu as práticas dos jornalistas e comunicadores em geral e os grupos midiáticos, jornais, revistas, canais televisivos, de rádio, entre outros.

Nessa primeira consideração do voto, é possível identificar que os elementos pelos quais Ayres Britto conceituou a imprensa são condizentes com as características que a atividade assumia no século XVIII. Escaparam ao relator a configuração empresarial das corporações midiáticas na atualidade.

Conforme apontado no capítulo 1, seção 1.1, a imprensa teve seu desenvolvimento inicial atrelado às transformações revolucionárias, de transição do regime absolutista para o Estado Liberal. Naquele momento, a funcionalidade política da atividade (de mobilização, contestação e organização) se sobrepunha à econômica. Entretanto, nos séculos XX e XXI, o jornalismo se consolidou especialmente como empreendimento econômico, ordenado segundo princípios corporativos e finalidades financeiras. Não se pode esperar que essa forma de organização comporte o mesmo perfil que o jornalismo incorporava no período revolucionário. Contudo, como se verá, o padrão conceitual setencetista será recorrente em toda a justificação do voto.

O segundo passo das reflexões do ministro foi pontuar a especificidade das práticas comunicativas da imprensa. Segundo Ayres Brito, o tipo de comunicação que ela realiza, dirigida à divulgação da ocorrência de fatos, de pensamentos e da produção intelectual humana de forma pública e geral, indiferenciada, influencia as pessoas individualmente e forma a opinião pública. A relevância dessa atividade justificaria um tratamento normativo especial.

Nesse sentido, o ministro situou a imprensa no centro da comunicação social, de onde ela irradiaria ideias formadoras do pensamento geral, como segue:

o mais acessado e por isso mesmo o mais **influyente repositório de notícias** do cotidiano, concomitantemente com a veiculação de editoriais, artigos assinados, entrevistas, reportagens, documentários, atividades de entretenimento em geral (por modo especial as esportivas e musicais, além dos filmes de televisão), pesquisas de opinião pública, investigações e denúncias,

acompanhamento dos atos do Poder e da economia do País, ensaios e comentários críticos sobre arte, religião e tudo o mais que venha a se traduzir em valores, interesses, aspirações, expectativas, curiosidades e até mesmo entretenimento do corpo societário (BRASIL, 2009, p. 25) (grifo nosso).

A imprensa configuraria, portanto, a instância que alimenta, media e reverbera o debate público, conformando as sínteses representativas da sociedade. Dada a relevância dessa comunicação, o ministro atrelou ao papel da imprensa a “missão” de enxergar e avaliar todos os fatos sociais importantes, exercendo juízos críticos e moldando a opinião pública a partir de suas observações e reflexões, como se aduz da passagem:

[...] Incumbindo à imprensa o direito e ao mesmo tempo o dever de sempre se postar como **o olhar mais atento ou o foco mais aceso sobre o dia-a-dia do Estado e da sociedade civil**. O que enseja a tomada de posições, a feitura de escolhas e a assunção de condutas igualmente massivas, que são direitos elementares de todo grupamento humano o agir e o reagir como conjunto mesmo (BRASIL, 2009, p. 24) (grifo nosso).

Para o ministro relator, a imprensa funcionaria como instrumento de ressonância da realidade social, refletindo diretamente a instância da vida real das pessoas. A comunicação dos órgãos de imprensa seria indiferenciada da comunicação dos cidadãos na instância pública, ou melhor, a imprensa seria a instância pública do debate social.

Ayres Britto desconsiderou as relações das estruturas sociais, econômicas, políticas e corporativas que atribuem viés à atividade de imprensa e a separam das pessoas. A imprensa aparece no voto como um ente acima dos interesses e conflitos de classes, grupos e setores da sociedade.

Quanto aos sujeitos sociais que interagem e interferem na comunicação social de forma equivocada, o ministro delimitou três papéis: os sujeitos ativos, que seriam os jornalistas e órgãos de imprensa; passivos, destinatários das notícias, e o Estado, compreendido no processo comunicativo como ente que deve ser fiscalizado e, a mesmo tempo, representa constante ameaça às liberdades.

A acepção triangular da comunicação, Estado-imprensa-público, corresponde, novamente, ao referencial no século XVIII. De acordo com tal perspectiva, os principais olhares da sociedade deveriam recair sobre o Estado, por

ser a instância de poder político contraposta à sociedade civil. Todas as contradições sociais estariam localizadas no âmbito estatal, como causador ou meio de solução dos problemas. Ao mesmo tempo, todas as ameaças às liberdades de manifestação do pensamento adviriam do Estado. Nesse sentido, a liberdade de imprensa seria uma extensão da liberdade individual de expressão, pois a imprensa seria o canal direto de exercício da liberdade de expressão pública, oponível ao Estado. Conforme o ministro: “Donde a imprensa, matriz por excelência da opinião pública, rivalizar com o próprio Estado nesse tipo de interação de máxima abrangência pessoal” (BRASIL, 2009, p. 24).

Venício de Lima (2010) chama atenção para o fato de que essa representação dos sujeitos e das relações de comunicação é insuficiente para a compreensão adequada do fenômeno comunicacional, pois exclui da análise elementos fundamentais. Especificamente quanto às liberdades de expressão e imprensa, essa visão obsta que fatores de censura além do Estado sejam enxergados. É o caso da censura privada, derivada do poder econômico dos veículos midiáticos que, organizados em empresas e orientados pela lógica de mercado, permitem apenas as veiculações que favoreçam essa finalidade precípua. Consigna o autor:

Dada a máxima vênua, pondero que as transformações históricas que envolvem a “imprensa” nos últimos quatro séculos tornaram extremamente questionável o argumento de que a liberdade de imprensa seja uma “projeção” da liberdade de expressão.

[...]

Dentro da realidade histórica globalizada do nosso tempo, a censura foi em parte privatizada e a origem do cerceamento da liberdade de expressão não pode mais ser atribuída somente ao Estado. Muitas vezes ela tem sua origem no poder econômico privado ou na autocensura (LIMA, 2010, p. 126/127).

Como a análise do ministro não comportou a estrutura corporativa e empresarial dos órgãos de imprensa, os fatores de censura privada, de considerável magnitude nos dias atuais, não adentraram em suas considerações.

O mesmo pode ser observado na abordagem conferida à questão de monopólio dos meios de comunicação, sobre o que Ayres Britto afirmou: “A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor” (BRASIL, 2009, p. 7). O raciocínio de que a simples proibição de monopólios e oligopólios já tornaria a imprensa plural

consistiu numa negativa em enfrentar a disposição real dos meios de comunicação e o problema da falta de regulamentação do dispositivo constitucional.

O terceiro marco conceitual estabelecido no voto do relator, obtido a partir das definições anteriores, foi aduzir que o capítulo V do título VIII da Constituição, denominado “Da comunicação social”, corresponderia a uma extensão das liberdades fundamentais do artigo 5º, especificadas para a atividade de imprensa¹⁰⁹. Toda a comunicação social, portanto, seria a que é praticada por meio da imprensa.

Essa foi outra abordagem que o aproximou do paradigma libertariano. O paradigma da *self reliance*, ao contrário, concebe a comunicação social como um fenômeno de interação multilateral, que reúne participações e representações sociais múltiplos e procura englobar todos os sujeitos, ações e elementos componentes do fenômeno.

A quarta conceituação de Ayres Britto foi adotar meios de comunicação social e empresas jornalísticas e de radiodifusão como sinônimos (BRASIL, 2009, p. 27). Para o ministro, ao tratar dos meios de comunicação, a Constituição não estaria se referindo aos instrumentos de produção e divulgação, mas sim às empresas que deles se utilizam. Por essa visão, ao invés de se aplicar aos instrumentos da comunicação social o regime jurídico de bens públicos, subordinando as empresas que os exploram, ocorreria o contrário e o regime economicista e privatista das empresas terminaria por ser aplicado aos meios de comunicação.

Quanto à natureza das relações de comunicação e da atividade de imprensa considerada pelo voto, é perceptível a adoção de uma concepção orientada pela lógica de mercado. Na descrição apresentada, as “transações” comunicacionais se estabelecem numa emanção do emissor/produtor ao receptor, a quem compete selecionar as emissões que lhe interessam e descartar as que julgasse sem importância ou sem pertinência. A liberdade do fluxo informacional produzido pela imprensa e recebido pela população seria o único mecanismo de regulação e controle da qualidade da comunicação produzida.

Nesse sentido, o pretenso pensamento crítico que alimenta a imprensa seria fator de qualificação da opinião pública que o absorve. Ela, por sua vez, elevaria seus padrões críticos, rejeitando produções de baixa qualidade, sem confiabilidade, utilidade ou seriedade nos conteúdos. Conforme propôs o ministro:

¹⁰⁹ Novamente tem lugar o argumento de que a liberdade de imprensa é uma projeção da liberdade individual de expressão e manifestação do pensamento, elaborado primeiramente por Stuart Mill.

Ele próprio, pensamento crítico ou libertador, a pedagogicamente introjetar no público em geral todo apreço pelo valor da verdade como categoria objetivamente demonstrável, **o que termina por forçar a imprensa mesma a informar em plenitude e com o máximo de fidedignidade.**

26. Convém insistir na afirmativa: por efeito dessa relação de mútua e benfazeja influência entre a imprensa e seus massivos destinatários, o caminho consequente ou como que natural a seguir só pode ser o da responsabilidade de jornalistas e órgãos de comunicação social. **Responsabilidade que torna intrinsecamente meritórios uns e outros.** (BRASIL, 2009, p. 30) (grifos do original).

A passagem descreve um verdadeiro “mercado de ideias”, independente de intervenção externa e com capacidade homeostática, aproximando-se dos traços de uma relação de consumo:

Tudo a possibilitar a formação de uma confortável **clientela** ou **corpo de destinatários**, que vai eficazmente contrabatendo, com a incessante subida dos seus padrões de seletividade, o personalístico peso dos agentes públicos e dos empresários do ramo, ou mesmo desse ou daquele jornalista em apartado. Seletividade, de sua parte, que opera como antídoto social [...] (BRASIL, 2009, p. 30) (grifos nossos).

Por essa via, o ministro chegou à ideia de autorregulação na comunicação promovida pela imprensa, citando excertos do jornal da Associação Brasileira de Imprensa (ABI) (edição 326): "Porque do regime da plena liberdade surge a responsabilidade, e o cidadão passa a não comprar porcaria" (BRASIL, 2009, p. 34) e de William Pitt: "à imprensa deve tocar o encargo de se corrigir a si própria" (BRASIL, 2009, p. 34).

O passo seguinte foi relacionar imprensa e democracia. Na acepção do ministro, a imprensa seria elemento imprescindível para a vigência do regime democrático, dado que seus questionamentos e revelações públicas garantiriam a transparência e a fiscalização dos poderes oficiais e, por outro lado, qualificariam os destinatários da informação para o debate democrático.

Os termos colocados pelo ministro, no entanto, não se aproximam das postulações da teoria democrática, conforme defendida por Fiss (2005). De acordo com o autor estadunidense, a relação entre liberdade de expressão e democracia se conforma a partir da instrumentalização do direito fundamental pelas demandas comunitárias de autogoverno. Desse modo, leva-se em conta a dimensão objetiva

do direito à liberdade de expressão, conforme descrito anteriormente, a partir das considerações de Hesse (2009) e Sarlet (2007).

No cenário traçado por Ayres Britto, a liberdade de imprensa corresponderia a uma extensão qualificada da liberdade de expressão, normatizada de forma específica pela Constituição em razão de sua relevância social. O vínculo da imprensa com a democracia residiria na realização plena do direito fundamental dos jornalistas e órgãos de imprensa e exercício desembaraçado desses direitos teria como consequência natural o incremento do debate democrático. O ministro, todavia, não considerou a instrumentalização do direito fundamental por uma dimensão objetiva, que definisse o conteúdo da dimensão subjetiva de fruição a partir da estrutura global do ordenamento. Sua reflexão comportou apenas a fruição plena da liberdade de imprensa, a ser moldada pela abstrata dinâmica do mercado de ideias:

a imprensa é o espaço institucional que melhor se disponibiliza para o uso articulado do pensamento e do sentimento humanos como fatores de defesa e promoção do indivíduo, tanto quanto da organização do Estado e da sociedade. *Plus* protecional que ainda se explica pela anterior consideração de que é pelos mais altos e largos portais da imprensa que a democracia vê os seus mais excelsos conteúdos descenderem dos colmos olímpicos da pura abstratividade para penetrar fundo *na carne do real*. Dando-se que a recíproca é verdadeira: **quanto mais a democracia é servida pela imprensa, mais a imprensa é servida pela democracia** (BRASIL, 2009, p. 43) (grifos do original).

Apenas a dimensão subjetiva da liberdade de imprensa constou ao ministro, mesmo quando ele se remeteu à democracia.

Após estabelecer a associação entre liberdade de expressão¹¹⁰ e os dispositivos do capítulo III do título VIII da Constituição, tomados como bloco normativo direcionado à liberdade de imprensa, o ministro chegou à ideia de sobredireitos fundamentais. Segundo sua apreciação, os sobredireitos seriam direitos fundamentais com proteção ampliada em dois aspectos. O primeiro de natureza temporal, no sentido de que não se permitem óbices prévios à sua fruição. Os conflitos ou afetações que os sobredireitos viessem gerar para outros direitos de patamar constitucional não poderiam ser alegados como impeditivos de seu gozo. As ofensas a outros direitos só poderiam ser relevadas em momento posterior à sua

¹¹⁰ E demais direitos referentes à livre manifestação do pensamento.

fruição. Nesse sentido, o Ayres Britto sustentou “Somente depois de qualquer dessas duas atuações em concreto é que se abre espaço à personalíssima reação dos eventuais prejudicados na sua intimidade, vida privada, honra e imagem.” (STF, 2009, p. 50).

E defendeu que, ao estabelecer essa prevalência temporal, a Constituição teria realizado ponderação prévia de valores e atribuído maior peso em favor da liberdade de expressão.

Em segundo lugar, o sobredireito possuiria o conteúdo blindado contra quaisquer restrições de conteúdo. Seus limites seriam apenas os que a própria Constituição tenha consignado. Em outras palavras, o sobredireito estaria descrito no texto constitucional de forma plena e não comportaria qualquer regulamentação, do legislador ordinário ou do constituinte derivado¹¹¹.

Ao conferir à liberdade de imprensa a natureza de sobredireito, o ministro aduziu que seu exercício deveria preceder temporalmente o exercício de outros direitos fundamentais e ela não poderia ser objeto de regulamentação, pois todos os seus elementos definidores já se encontravam destacados no texto constitucional. O posicionamento foi fundamentado no artigo §1º, artigo 220, que obsta a produção de leis que criem embaraços à liberdade de informação jornalística.

Na expressão “nenhuma lei” do dispositivo, residiria a interdição a qualquer norma regulamentadora da liberdade de expressão, sendo as prescrições de vedação do anonimato (inc. IV), exigência de qualificação profissional (inc. XIII) e resguardo do sigilo da fonte (inc. XIV) as únicas condicionalidades do gozo da liberdade de informação jornalística (ou de imprensa). Esse bloco normativo corresponderia à blindagem de conteúdo do sobredireito.

O direito de resposta e indenização por dano material, moral e à imagem (inc. V) e a inviolabilidade da vida privada, da honra, da intimidade e imagem (inc. X), por sua vez, seriam condicionalidades exigíveis *a posteriori*, consignando a prevalência temporal do sobredireito de liberdade de imprensa.

O ministro procedeu uma hermenêutica literal da expressão “nenhuma lei”. Ayres Britto compreendeu que o Estado não poderia exercer atuação positiva frente à liberdade de informação jornalística, sendo, por essa razão, interditado de elaborar qualquer norma regulamentadora do exercício desse direito, ante a “lógica

¹¹¹ O sobredireito fundamental seria também cláusula pétrea.

impossibilidade de dispor sobre o seu próprio modo de se omitir” (BRASIL, 2009, p. 65). Essa acepção novamente reflete a aproximação do ministro à corrente libertária e é demonstrada na seguinte passagem do voto:

49. [...] Preceito constitucional que chega a interditar a própria opção estatal por dispositivo de lei que venha a "constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social". **Logo, a uma atividade que já era "livre" foi acrescentado o qualificativo de "plena"**. (BRASIL, 2009, p. 54) (grifos do original).

Com essas considerações, o ministro concluiu que o direito à liberdade de imprensa seria absoluto, conforme se observa “E concebido por modo absoluto como condição e garantia de *sobreeficácia* do querer normativo da Constituição em tema tão cultural e politicamente sensível como a liberdade de imprensa.” (STF, 2009, p. 66).

Das definições apresentadas, o voto chegou a três conclusões decisórias. A primeira, conforme exposto, foi a afirmação de que as liberdades de pensamento e expressão *lato sensu* gozam de primazia ou precedência sobre os demais direitos de personalidade, aduzindo que a Constituição realizara ponderação prévia e atribuição de maior peso ao valor da liberdade de expressão. A saída teórica que Ayres Britto adotou para fundamentar sua conclusão foi afirmar que a Constituição estabeleceu uma hierarquização axiológica em favor da liberdade de expressão, classificando-as como norma-regra.

É possível opor uma dupla contestação à posição do ministro. Em primeiro lugar, não existem evidências ou indícios implícitos de que a Constituição tenha situado as liberdades de expressão e imprensa em um patamar hierárquico superior. Essa consideração vai de encontro à doutrina da unidade da Constituição¹¹² (CANOTILHO, 2003, p. 191). Em segundo lugar, a mera classificação das liberdades de expressão e imprensa como regras não soluciona a questão da delimitação de seu conteúdo e de sua forma de aplicação.

Conforme visto na seção 2.2.2.1, do capítulo 2, as regras são comandos deontológicos de aplicação plena (eximida de ponderação) em razão da estrutura pela qual se expressam. Tanto sua hipótese de incidência, quanto o dever-ser que

¹¹² “O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional)” (CANOTILHO, 2003, p.191).

determinam são delimitados de modo a possibilitar o conhecimento do universo e a exclusividade de incidência sobre fatos concretos (ATIENZA; MANERO, 1991). Semelhante estrutura não pode ser atribuída à liberdade de expressão apenas pela imputação arbitrária de uma classificação.

A liberdade de expressão estrutura-se na forma de princípio, o que significa, dentre outras consequências, que sua hipótese de incidência é ampla e não regulamenta as situações fáticas com exclusividade, pois pode comportar intersecções com outros princípios ou regras. Nesse sentido, a realização de juízo de delimitação da incidência do princípio é indispensável, independentemente do método ou técnica que venha a ser adotada, e, ainda que se reconheça preferência em favor da liberdade de expressão, ela não será absoluta, mas apenas *prima facie* (ALEXY, 1993, p. 97).

Do mesmo modo, as soluções para choques entre as liberdades de expressão e imprensa e outros princípios constitucionais, não serão proporcionadas pela invalidação das normas em conflito. Diferentemente do que ocorre na eliminação de antinomias entre regras, demanda-se realização de ponderação principiológica. Portanto, a hipótese de “ponderação prévia da Constituição” não encontra correspondência com os conceitos de princípios e regras referidos.

A segunda conclusão do voto foi a proibição ao Estado de elaborar uma “lei de imprensa”. O ministro declarou que a possibilidade de regulamentação orgânica da atividade de imprensa foi interditada pela Constituição, conclusão consectária da concepção de liberdade de imprensa como “direito absoluto”, pautada numa interpretação literal do parágrafo primeiro do artigo 220. Desse modo, as normas referentes à liberdade de imprensa foram classificadas como de eficácia plena e irregulamentáveis, restando desconsiderada a grande quantidade de dispositivos referentes ao tema que, para adquirirem aplicabilidade, necessitam de regulamentação infraconstitucional¹¹³.

Da acepção de interdição legislativa às matérias de imprensa, Ayres Britto inferiu que a estrutura estatutária da lei 5.250/67, por si só, seria causa suficiente de inconstitucionalidade, conclusão que se harmoniza com a primeira argumentação

¹¹³ É o caso dos artigos 220, § 5º (proibição de monopólios diretos e indiretos); § 3º, II (estabelecimento de mecanismos de defesa contra práticas abusivas dos meios de comunicação) e 221 (princípios que devem reger a programação de emissoras de rádio e televisão), dentre outros.

apostada pelo PDT na petição inicial. Esse foi o primeiro fundamento da declaração de não recepção em bloco da Lei de Imprensa.

Por fim, reforçando a decisão pelo deferimento total da ADPF 130, o ministro teceu considerações também acerca do caráter autoritário de diversos dispositivos da lei, concluindo que seria impossível “salvar”, por meio de artifícios interpretativos, quaisquer deles. Considerou que, caso se eliminassem todos os artigos frontalmente inconstitucionais da Lei de Imprensa, restaria apenas um conjunto de dispositivos assistemático, incoerente e sem utilidade. A declaração de não recepção em bloco, de todas as formas, seria inevitável.

Passaremos a analisar votos apartados dos demais ministros do STF. A maioria acatou a não-recepção total da Lei de Imprensa, mas adoram-se linhas de interpretação diferentes das de Ayres Britto. Demais disso, os votos divergentes suscitaram questões não enfrentadas pelo relator.

3.2.4 Votos destacados: controvérsias interpretativas

Como dito, o voto do foi acompanhado em suas razões pela maioria do plenário. O único ministro a sustentar o indeferimento completo da ADPF 130 foi Marco Aurélio Mello.

A primeira questão relevante abordada pelo ministro, ausente no voto do relator, foi a situação da liberdade de imprensa no Brasil. Marco Aurélio sustentou que, desde a redemocratização, a lei impugnada não era mais óbice ao exercício livre da atividade de imprensa: “Não me consta que a imprensa do País não seja livre, e possíveis artigos à margem da Carta da República já foram e são diariamente afastados pelo Judiciário” (STF, 2009, p. 130).

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade sobre dispositivos da lei, em mais de vinte anos da redemocratização, teria afastado todo o conteúdo autoritário da norma e o ministro considerou que o “vácuo normativo” (STF, 2009, p. 134) que o afastamento completo da Lei de Imprensa provocaria não seria benéfico à liberdade, mas, ao contrário, eliminaria parâmetros de fruição de direitos e de procedimento judicial, causando insegurança jurídica.

Marco Aurélio problematizou a ampla margem de discricionariedade que seria conferida aos juízes nos processos acerca de atos da imprensa, questão que, da mesma forma, não foi enfrentada pelo relator.

Passaremos a ter a babel; passaremos a ter, nos conflitos de interesse, o critério de plantão estabelecido pelo julgador, a partir de um ato de vontade - o ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica. (STF, 2009, p. 134).

Como se verá na seção 3.3, o “vácuo normativo” e o exercício jurisdicional continuam a suscitar as maiores dificuldades no exercício da atividade de imprensa, bem como na reparação de danos.

Acatando a procedência parcial da ação, estabelecendo divergência, os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes¹¹⁴.

É preciso destacar, que, a despeito da concordância parcial com o dispositivo do voto do relator, os ministros chamaram atenção para o que reportaram como equívocos interpretativos dos fundamentos apresentados por Ayres Britto. Em primeiro lugar, todos os demais ministros ressaltaram que, no âmbito dos direitos fundamentais, nenhum valor, princípio ou prerrogativa poderia ser considerado absoluto¹¹⁵.

Os ministros Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Celso de Melo e Gilmar Mendes afastaram a proposição de interdição legislativa, atestando que a Constituição, no tocante à liberdade de imprensa, estabeleceria uma reserva legal qualificada¹¹⁶.

As considerações destoantes que sobressaíram nos debates foram as de Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Gilmar Mendes. Barbosa chamou atenção diretamente para a monopolização do discurso público por meio da concentração dos veículos de comunicação em poucas mãos privadas. O ministro foi o único a

¹¹⁴ Ellen Gracie e Joaquim Barbosa julgaram a ação improcedente quanto aos artigos 1º, § 1º; 2º, caput; 14; 16, I, 20, 21 e 22. Gilmar Mendes julgou improcedência quanto aos artigos 29 a 36.

¹¹⁵ Neste ponto, revela-se no STF a tradição da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, que historicamente tem orientado suas decisões pela conformação equilibrada de princípios e direitos fundamentais, sem estabelecimento de prevalências absolutas.

¹¹⁶ “A autorização constitucional (competência destinada ao legislador ordinário) para a lei estabelecer restrições aos direitos fundamentais (tecnicamente denominada reserva de lei restritiva) pode ocorrer de duas formas: como reserva de lei restritiva simples e como reserva de lei restritiva qualificada. [...]. Sucede a reserva de lei restritiva qualificada quando a Constituição fixa requisitos ou objetivos para a lei restritiva, e, dessa forma, limita a discricionariedade do legislador ordinário para impor a restrição ao direito fundamental” (FARIAS, 2004, p. 38).

problematizar a liberdade de expressão para além dos conflitos com direitos de personalidade e, mesmo de forma tangenciada, levou à tona a abrangência da comunicação social, como se expressou:

Múltiplos fatores interferem nesse campo: a peculiaridade da história do país, a maneira como a sociedade é organizada, o modo de interação entre grupos sociais dominantes e grupos sociais minoritários, tudo pode influir na questão da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa. [...] Penso que a liberdade de imprensa há de ser considerada também sob uma ótica a respeito da qual, aparentemente, o eminente Relator passou ao largo. É que a liberdade de imprensa tem natureza e função multidimensionais. Ela deve também ser examinada sob a ótica dos destinatários da informação e não apenas à luz dos interesses dos produtores da informação (BRASIL, 2009, p. 110).

A obra de Owen Fiss foi utilizada como referência e o ministro alinhou-se à corrente interpretativa democrática, defendendo a possibilidade do Estado atuar sobre as liberdades de expressão e de imprensa para promovê-las de forma geral e isonômica.

Celso de Mello remeteu à necessidade de ponderação de princípios constitucionais no ato de efetivação das liberdades de expressão e de imprensa, indo de encontro à hipótese de “ponderação constitucional prévia”. O ministro adotou o pressuposto da dupla dimensão dos direitos fundamentais, conforme a lição de Konrad Hesse, situando que a Constituição de 1988 estabeleceu os critérios para a concretização não apenas da dimensão individual, mas também da dimensão transindividual (ou objetiva) da liberdade de imprensa, que incrementa o debate democrático¹¹⁷. As considerações de Celso de Mello, entretanto, mantiveram o foco da problematização restrito aos conflitos com direitos de personalidade.

Gilmar Mendes, por sua vez, combateu de forma mais minudente as proposições hermenêuticas de Ayres Britto. Em primeiro lugar, afastou a tese do caráter absoluto da liberdade de expressão, sustentando que a interpretação do termo “nenhuma lei”, expresso no parágrafo primeiro do artigo 220, não poderia ser literal.

Mendes fez um paralelo entre as semelhanças textuais do dispositivo e a Primeira Emenda da Constituição dos EUA, no tocante à regulamentação das

¹¹⁷ Mais uma vez, observam-se as influências de Fiss e Habermas.

liberdades de expressão e imprensa, e expôs as duas correntes hermenêuticas contrapostas nos EUA¹¹⁸.

Adotando a concepção democrática, o ministro relacionou democracia e liberdade de expressão em termos diferentes de Ayres Britto. Para o relator, a liberdade de expressão qualificaria a democracia essencialmente por estender a seu campo o livre exercício de direito de personalidade e, “naturalmente” melhorar o discurso. Gilmar Mendes, por seu turno, retratou o discurso livre como instrumento da democracia deliberativa e analisou a liberdade de imprensa a partir das dimensões objetiva e subjetiva. Baseado,

Mendes sustentou que os direitos fundamentais não apenas garantem posições individuais referentes à esfera de liberdade protegida contra o Poder Público, mas sua evolução histórica atingiu diferentes esferas protetivas e de exigências de prestação, até chegarem às sínteses valorativas que permeiam todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, a Constituição, que é a sede dos direitos fundamentais,

Não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico [...]. Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos'. Essa concepção formada pela Corte alemã evidencia que os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva (BRASIL, 2009, p. 218-219).

Com essa problematização, Gilmar Mendes reconduziu às discussões do processo a ideia de direitos fundamentais como princípios conformadores do fundamento axiológico do ordenamento jurídico. Diferentemente de Ayres Britto, que declarou uma suposta escolha valorativa prévia da Constituição, Mendes, indo além de Celso de Mello, retomou o problema da aplicação de princípios constitucionais de conteúdos múltiplos e divergentes e da sua funcionalidade diante da coerência que deve ser mantida pelo ordenamento jurídico, concebendo os direitos fundamentais como a base do Estado Democrático de Direito (STF, 2009, p. 218).

Apoiando-se nas concepções de Konrad Hesse, o ministro depreendeu que a fruição de liberdades fundamentais somente poderia acontecer num contexto de

¹¹⁸ Vide capítulo 2, seção 2.1.

liberdade geral. Tal contexto seria proporcionado mediante espaços democráticos decisórios qualificados¹¹⁹. Os direitos fundamentais corresponderiam aos elementos garantidores desses espaços, resguardando o núcleo conceitual da democracia. Seriam, portanto, os princípios estruturantes do ordenamento constitucional e da democracia.

Nesse sentido, os direitos fundamentais não se orientariam apenas para a fruição por parte de sujeitos individuais, pois eles também corresponderiam à própria manutenção da ordem jurídica enquanto Estado Democrático de Direito. Por essa razão, seria legítimo que a tipificação, o conteúdo e o âmbito de incidência dos direitos fundamentais fossem orientados por essa funcionalidade.

Direitos fundamentais, portanto, seriam, ao mesmo tempo, posições subjetivas dos indivíduos (dimensão subjetiva) e base estruturante do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito (dimensão objetiva). Nesse sentido, a regulamentação da liberdade de imprensa seria perfeitamente adequada, e mesmo necessária, aos preceitos constitucionais.

Ademais, seria impossível negar ou neutralizar artificialmente, por meio da hipótese de “ponderação prévia” ou da classificação do direito como “norma-regra”, os conflitos principiológicos e valorativos que se estabelecem no campo da realidade material e demandam soluções por parte do Judiciário. Assim considerou Mendes:

Como se vê, há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, a qual pode gerar uma situação conflituosa, a chamada *colisão de direitos fundamentais* (*Grundrechtskollision*) (BRASIL, 2009, p. 229)

A abordagem do ministro demonstrou-se mais realista e tecnicamente mais precisa do que o voto de Ayres Britto. Mendes destacou ainda que o tratamento legislativo conferido ao tema deveria obedecer à reserva legal qualificada, como mencionamos anteriormente.

Em outro momento, o voto também à dimensão de poder da imprensa, rompendo com o delineamento estabelecido por Ayres Britto:

¹¹⁹ Raciocínio que se assemelha à tese habermasiana da cooriginalidade do princípio democrático e dos direitos fundamentais (MELO, 2005, p. 70).

O poder da imprensa é hoje quase incomensurável. Se a liberdade de imprensa, como antes analisado, nasceu e se desenvolveu como um direito em face do Estado, uma garantia constitucional de proteção de esferas de liberdade individual e social contra o poder político, hodiernamente talvez a imprensa represente um poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal (BRASIL, 2009, p. 253).

Dos pontos de vista expostos, a tese da interdição legislativa para o direito à liberdade de imprensa foi afastada. Assim como Barbosa, Mendes alinhou-se à corrente democrática, aceitando que o Estado poderia estabelecer regulamentações sobre a liberdade de imprensa, com vistas a manter a liberdade de todos (dimensão objetiva do direito).

Gilmar Mendes reconheceu a não-recepção parcial da norma, julgando a ação improcedente quanto aos artigos 29 a 36.

Com a manutenção dos dispositivos, o ministro tentou evitar o vazio legislativo quanto ao direito de resposta. Assim como Marco Aurélio Mello, considerou que a amplitude dos danos causados pelos órgãos de imprensa exigiria matéria específica no tocante à reparação e seria um erro relegar a matéria ao procedimento civil ordinário.

A despeito do levantamento de divergências, especialmente quanto ao referencial teórico de análise, o dispositivo do voto de Ayres Britto foi acatado pela maioria e o julgamento da ADPF 130 consignou a declaração de não recepção em bloco da Lei de Imprensa.

3.3 Cenários argentino e brasileiro após as decisões das Cortes no controle de constitucionalidade

Os dois julgamentos analisados tiveram repercussão específica nos respectivos países. De certa forma, cada um refletiu o nível de disputa entre os princípios da comunicação social em cada contexto nacional. Nesta seção, relacionaremos alguns desdobramentos observados após as decisões.

3.3.1 Argentina: vigência integral da *Ley de Medios* e dificuldades em sua implementação

Com o indeferimento da ação de inconstitucionalidade, recaiu sobre os grupos empresariais demandantes, Clarín e Cablevisión S.A., a obrigação de adequarem as respectivas estruturas corporativas aos limites de acumulação determinados pela lei 26.522. Clarín, sozinho, controla 43% das emissoras de rádio, 38% da televisão de sinal aberto e 59% do mercado de cabo, reunindo ao todo 240 sinais de televisão a cabo, 9 sinais de rádio AM, 1 de FM e 4 canais de televisão aberta¹²⁰. Até 16 de agosto de 2014¹²¹, esses números deverão ser reduzidos ao teto de 24 licenças de televisão a cabo e 10 licenças de sinais abertos (rádios AM, FM e televisão aberta).

O julgamento, em 2013, significou o reposicionamento integral e definitivo da *Ley de Medios* no ordenamento jurídico argentino, após quatro anos de vigência. Para além dos efeitos imediatos do desfecho do processo, impende traçarmos algumas considerações a respeito da aplicação e efetividade que vem sendo alcançada pela norma desde sua entrada em vigor.

Como afirmado no capítulo 1, seção 1.4.1, a aprovação da *Ley de Medios* adveio de um cenário de ampla mobilização, que unificou esferas sociais distintas, entre associações de meios comunitários, cooperativas, sindicatos de trabalhadores da comunicação, setores universitários, Povos Originários, movimentos sociais e políticos (PORTO, 2013). A amplitude democrática dos debates que conduziram a elaboração da norma foi destacada pelo Relator Especial das Nações Unidas Sobre o Direito à Liberdade de Opinião e Expressão, Frank La Rue, que, na época em que tramitava o projeto de lei, em discurso oficial, referiu-se a ele como:

o mais avançado acerca da liberdade de expressão que há na América Latina e, certamente, um exemplo para o mundo [...]. Também é importante destacar o mecanismo de consulta que aqui foi realizado. [...] Nunca tinha visto um projeto de lei de nenhum tipo, muito menos relacionado com a liberdade de expressão, consultado em tantos setores e tantas formas e tantas regiões [...]. Creio que é

¹²⁰ Os números podem ser vistos no vídeo institucional da AFSCA chamado 7D. O comercial foi produzido para divulgar especificamente o prazo limite que o Clarín teria para de adequar às regras de acumulação, após a decisão da CSJN. Em resposta, Clarín divulgou o vídeo “7 de diciembre”. Vale a pena conferir os dois vídeos e o nível de rivalidade estabelecido entre o governo e o Grupo Clarín, nos seguintes endereços eletrônicos: <https://www.youtube.com/watch?v=JfS942SJSx0#t=25> e <https://www.youtube.com/watch?v=T8pjjerNnbA&list=TL61jd1gDqRyluxnT9WC5mQRT2Lc9P3h0J>

¹²¹ Em 17 de fevereiro de 2014, a AFSCA aprovou o plano de divisão apresentado pelo Grupo Clarín, que tem 180 dias, a partir dessa data, para implementá-lo.

importante a urgência dessa lei [...]. Aqui [na Argentina] me alegra especialmente o exercício democrático de consulta antes de apresentar a lei ao Congresso, ao Parlamento Argentino (CONFERENCIA, 2009).

A despeito da gênese democrática e progressista da *Ley de Medios*, alguns analistas destacam que, nos seus quatro anos de vigência, nem o governo nem os principais grupos tem respeitado seus comandos (BECERRA, 2013). Uma das falhas mais graves é a falta de cumprimento da divisão tripartite do espaço audiovisual, determinada pelo artigo 89.

A norma representou um avanço democrático ao conferir acesso ao controle de meios audiovisuais a entidades sem fins lucrativos, mas a implementação da divisão em 33% das frequências radioelétricas para cada forma de exploração (pública, privada e estatal) depende da elaboração de um plano técnico de frequências, que delimite os espaços. Em quatro anos, a AFSCA não elaborou esse plano e, por essa razão, não foram abertas concorrências para a adjudicação de sinais. O acesso de novos sujeitos na comunicação audiovisual ainda está impedido, situação que compromete o pluralismo objetivado pela lei. A própria CSJN chamou atenção do governo pela morosidade na implementação dos artigos da lei que não haviam sido impugnados judicialmente.

Levanta-se também a falta de transparência quanto aos detentores de licenças e, no tocante às medidas de desconcentração, muitos movimentos denunciam a tolerância do governo a transferências de licenças para acionistas das empresas e familiares de seus proprietários, configurando uma manutenção maquiada do mercado concentrado, por meio de “testas-de-ferro” (BECERRA, 2013).

Muitos críticos também denunciam a inoperância da AFSCA nos processos de desconcentração das licenças e que o órgão tem conferido autorização para aquisições ilegais, exemplificada no caso C5N¹²², considerada frontalmente oposta ao artigo 45 (SANZ, 2013).

¹²² O canal C5N, segundo canal de notícias do país, a Radio 10, de frequência AM, e quatro estações FM (Vale, Mega, Pop e TKM) foram vendidos por Daniel Haddad ao Grupo Indalo, controlado por Cristóbal López. Segundo Sanz (2013), ela seria contrária aos limites de acumulação do artigo 45 e surtiram denúncias de que a aprovação pela AFSCA se deu em razão de López Segundo ser aliado do governo de Cristina Fernandez.

Por outro lado, a estrutura institucional que a lei estabeleceu foi considerada discutível. Nicolás Gabriel Teubner Sanz (2013) refere-se à AFSCA como ente “hiperpresidencialista”, sem autonomia em relação ao Poder Executivo. Esse atrelamento seria agravado por poderes conferidos à autarquia que extrapolam limites constitucionais, como a previsão, no artigo 112, de que recursos administrativos ou a interposição de ações judiciais não terão efeito suspensivo de das decisões executivas da AFSCA.

Demais disso, o autor chama atenção ao fato de que a lei não garante assentos para entes sem fins lucrativos na composição da AFSCA. O espaço de representação reservado aos sujeitos dessa natureza foi o Conselho Federal da Comunicação Audiovisual, que tem função de assessoramento, mas não toma medidas vinculantes.

Matías A. Sucunza (2013) é enfático ao destacar a distância entre os objetivos da *Ley de Medios* e a estrutura institucional estabelecida para lhes conferir efetividade:

De ese modo, la posibilidad de hacer realidad cada uno de los valores, ideales, objetivos y fines que persigue la ley, en esas condiciones, sin mecanismos y arreglos institucionales a la altura de las circunstancias deviene poco más que problemática [...]. (SUCUNZA, 2013).

Outro fator que ainda inibe o pluralismo nos meios de comunicação, apesar dos princípios proclamados pela lei é a inexistência de programas governamentais de assessoramento técnico e apoio financeiro que confirmem aos Povos Originários condições de assumirem espaços na mídia audiovisual. A falta de assistência específica faz com que o acesso assegurado pela norma seja apenas uma garantia formal, sem condições materiais de implementação.

Mesmo após a nova lei, os canais estatais ainda não diversificaram sua programação para além da função de porta-vozes diretos da propaganda do governo. A esse fator, soma-se o alegado uso de verbas públicas em favor ou desfavor de veículos de comunicação, a que Martín Becerra (2013) se refere como “la inyección de recursos para promover políticas carentes de controles sociales y políticos, se combinan para desatender la democratización prometida”.

O cenário de disputas políticas desenhado por Becerra (2013) apresenta a ascensão de grupos midiáticos como Cristóbal López, Vila-Manzano e Szpolski, e

seu alinhamento ao governo que, por sua vez, opera canais estatais em favor de suas políticas e direciona financiamentos públicos a grupos midiáticos e produtoras, com vistas a desenhar uma correlação de forças favorável para as eleições de 2015. O domínio exercido durante décadas pelo Clarín, por sua vez, encontra-se fragilizado.

A *Ley de Medios* esvaziou o argumento, utilizado por décadas, de que os interesses dos grupos midiáticos correspondiam aos interesses públicos de liberdade de expressão e imprensa. Essa sustentação obscurecia o debate aberto sobre a democratização do espaço comunicacional. A norma expressou a apropriação do debate acerca da comunicação pela população, mas a problemática apresentada demonstra que os desafios à democratização da mídia audiovisual na Argentina renovaram-se.

Após a decisão da CSJN, o cenário que se apresenta é a continuação de pressões sociais, dessa vez para implemento adequado da *Ley de Medios*.

Se a falta de um marco regulatório adequado revelava-se como entrave à democratização da comunicação, a conquista de um novo marco não representou o avanço automático. Conforme Joaquín Herrera Flores (2005), um entendimento adequado dos direitos humanos exige compreendê-los como processos de luta, dos quais a positivação legal é apenas uma etapa. A construção do direito humano à comunicação democrática na Argentina, portanto, demanda que mobilização semelhante à que conduziu à instituição da *Ley de Medios* se direcione contra a negligência oficial em concretizar os comandos da norma, bem como às manobras e artifícios utilizados pelos grandes meios para manterem a concentração antidemocrática e sustentarem seu domínio sob novas roupagens.

3.3.2 Brasil: ausência de parâmetros para decisões judiciais e desregulamentação da atividade de imprensa

A declaração de não recepção da Lei de Imprensa em que resultou o julgamento da ADPF 130 suscitou debates entrelaçados no âmbito jurídico e no campo da comunicação. O maior questionamento de juristas se deu quanto ao “vácuo legislativo”, criado pela invalidação da lei, no processamento criminal e civil

de atos abusivos cometidos na atividade de imprensa, bem como no regramento direito de resposta.

Com o afastamento das regras penais e de reparação civil estabelecidas na lei 5.235/67, as soluções correntes se direcionam pela aplicabilidade dos Códigos Penal e Civil, hipótese estabelecida ainda nos debates do julgamento da ação. Nesse sentido, não há diferenciação prévia para as penas e ritos processuais dos crimes de injúria, calúnia e difamação praticados no exercício da atividade de imprensa, bem como da apuração de danos no juízo cível.

Mais problemática é a questão do direito de resposta, que restou completamente desregulamentado após a decisão do STF. Os ministros que se posicionaram em favor do afastamento total da norma, prevendo a situação, assumiram a premissa de que o exercício do referido direito seria viabilizado por meio de construções jurisprudenciais.

As ações que tratam de direito de resposta passaram a ser referenciadas no texto constitucional (art. 5º, V), que estabelece um tipo normativo aberto. Essa remissão direta à Constituição deu ensejo à incidência do artigo 102, III, a, posicionando o STF como instância exclusivamente competente para resolver com definitividade os conflitos relacionados à matéria. A extensão do agravo e da ofensa para fins de direito de resposta e indenização será decidida, em última instância, pelo STF, como jurisdição final acerca da concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a repercussão geral dos processos sobre a matéria deve ser presumida. É possível afirmar que a decisão incrementou o processo que Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 444/445) denomina “supremocracia”.

A prática jurisdicional quanto ao direito de resposta se transformou em típico exercício de ativismo judicial e abriu espaço para a existência de soluções diversas em julgamentos acerca de abusos praticados no exercício da imprensa. Conforme considerado anteriormente, Marco Aurélio Melo já havia apontado a inconveniência desse caminho, prevendo a proliferação de decisões divergentes e arbitrárias.

Em nota emitida à época do julgamento, a Sociedade Brasileira de Direito Público declarou:

Do ponto de vista social, a ausência de normas legais específicas para disciplinar temas próprios da liberdade de imprensa implica, em alguma medida, na transferência da competência decisória do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, considerado aqui em sua integralidade, e não apenas como o seu órgão de cúpula. Questões

que antes – bem ou mal – estavam resolvidas no texto da lei, ficam agora sujeitas a inúmeras novas soluções, tendo a decisão do STF causado uma extrema ampliação no leque decisório dos juízes. Eles é que decidirão, caso a caso, as regras e os critérios que regerão temas como o direito de resposta. Surgem, então, questões sobre a racionalidade deste modelo surgido após a decisão da ADPF 130. Afinal, a decisão do STF não estabeleceu padrões de conduta a serem seguidos pelos juízes na solução de conflitos concretos, tendo conscientemente optado pela ausência de regras específicas para as relações jurídicas que antes estavam reguladas pela Lei de Imprensa. A decisão comporta o risco, por exemplo, de que situações semelhantes sejam decididas por critérios distintos, em função da capilaridade do sistema judicial (DIREITOS, 2009).

Inúmeras decisões judiciais, prolatadas após a ADPF 130, têm aplicado medidas coercitivas gravosas, pautadas por critérios insuscetíveis de um controle mínimo. São exemplos o processo sofrido pelo jornal *Gazeta do Povo*, do Paraná, que, em agosto de 2013, foi impedido, por decisão do Tribunal de Justiça daquele estado, de publicar textos que ofendessem a honra, a boa fama e a respeitabilidade do desembargador Clayton Camargo. O magistrado havia movido processo contra o periódico após a divulgação de investigações a que era submetido no Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹²³. O jornal *O Estado de S. Paulo*, por sua vez, desde 2009, é proibido de divulgar qualquer notícia sobre as investigações da Polícia Federal sobre denúncias contra Fernando Sarney, filho do senador José Sarney (PMDB-AP).

As decisões mais gravosas nesse sentido vêm sendo aplicadas a jornalistas sem vinculação com a grande mídia. Paulo Henrique Amorim, do *Conversa Afiada*, Leandro Fortes, da *Carta Capital*, e Daniel Fonsêca, do *Intervozes*, por exemplo, têm sofrido processos criminais e de reparação¹²⁴ por matérias publicadas em blogs e manifestações em debates públicos. Amorim já foi condenado ao pagamento de indenizações vultosas.

¹²³ O desembargador perdeu a ação na primeira instância e conseguiu decisão favorável em segunda instância, mas desistiu do recurso, o que levou à extinção do processo (DESEMBARGADOR, 2013).

¹²⁴ Paulo Henrique Amorim responde a mais de quarenta processos criminais e indenizatórios; entre os autores estão Daniel Dantas, Ali Kamel, diretor de jornalismo da Rede Globo, Heraldo Pereira, âncora do *Jornal Nacional*, o ministro Gilmar Mendes e o deputado Heráclito Fortes. Daniel Fonsêca responde a processos de calúnia e difamação, movidos pela empresa de bebida Ypióca, em razão de haver denunciado que a empresa poluía, com descartes industriais, o lençol freático da região da Lagoa Encantada, no Ceará. Leandro Fortes já foi processado pelo ministro do STF Gilmar Mendes, o ex-ministro da Fazenda, Paulo Malan, por desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e denunciado pelo Ministério Público Federal em razão de denúncia de negligência feitas contra agentes da Polícia Federal.

Não sustentamos que a invalidação da Lei de Imprensa seria causa exclusiva dos exemplos arrolamos, mas é importante destacar que a decisão foi permissiva¹²⁵ do agravamento das situações, por haver eliminado os parâmetros de atuação do Judiciário. Essa brecha específica de ativismo tem dado ensejo a decisões dos mais diversos tipos, nem sempre condizentes com o “sobredireito” à liberdade de expressão consignado no voto de Ayres Britto. O próprio ministro manifestou-se a respeito do crescimento de decisões judiciais similares a censura, declarando, sobre o Judiciário que: “Há nichos que parecem vigorar no passado. A lei de imprensa foi sepultada pelo STF e uma parte do Judiciário parece não entender isso” (AYRES, 2010). No entanto, as decisões arbitrárias se devem, em parte, à falta de parâmetros mínimos provocada pela invalidação da Lei e Imprensa.

Além das questões abordadas acima, o elemento central do julgamento da ADPF 130 foi o debate subjacente acerca da desregulamentação da mídia. Esse, na verdade, consistiu no cerne das reflexões travadas na Corte. É possível aduzir que a posição hermenêutica assumida por Ayres Britto foi inspirada diretamente em ideais libertarianos de não intervenção, que pautam a total desregulamentação do setor midiático e, nos últimos vinte anos, alcançaram posição majoritária na Suprema Corte dos EUA, conforme apontam Juarez Guimarães e Ana Paola Amorim:

É notável, nesse sentido, que até mesmo o Supremo Tribunal Federal brasileiro tenha começado a formar uma jurisprudência em relação à interpretação dos direitos constitucional da liberdade de expressão em tudo semelhante àquela modificada pela Suprema Corte norte-americana, nas últimas décadas, como expressão mesma das mudanças na cultura liberal daquele país. Isto é, exatamente configurada pela radicalização da liberdade de expressão chamada libertarianista, entendida como direito hierarquicamente primeiro e incondicionado, como “livre mercado de ideias” imune à regulação da democracia. (GUIMARÃES; AMORIM, 2013, p. 54)

O controle difuso de constitucionalidade sobre a Lei de Imprensa, que vinha se operando desde a vigência da Constituição de 1988, havia tornado seu viés

¹²⁵ Alertamos o leitor ou leitora de que, no contexto anterior ao julgamento da ADPF 130, os artigos de viés autoritário da Lei de Imprensa já não recebiam aplicação. Praticamente todos eles haviam passado por controle difuso de constitucionalidade. Ao mencionarmos a proliferação de decisões judiciais consideradas desproporcionais no momento após a invalidação da lei, levamos em conta o afastamento da regulamentação quanto à reparação de ofensas e exercício do direito de resposta e não os dispositivos que ofendiam diretamente à Constituição. Por óbvio, A censura e constrição à liberdade veiculados pela lei não merecem incidência após a Constituição de 1988.

autoritário inefetivo. Desse modo, entendemos que o julgamento da ADPF 130 teve valor muito mais simbólico. O conteúdo fundamental do debate residiu mais na limitação à regulação estatal, ou mesmo na ausência de regulação, que no conteúdo da norma regulamentadora da atividade de imprensa,

O tema da liberdade de imprensa, para os veículos empresariais, gira em torno especialmente da segurança no desenvolvimento de suas atividades. À época em que o julgamento da ADPF 130 estava em pauta no STF, a Associação Brasileira de Jornais (ANJ) manifestou apoio ao deferimento da ação, ressaltando o desvalor da norma impugnada como “legislação típica da ditadura”. No mesmo espaço, a entidade passou a prescrever os limites de uma regulação da imprensa que seria aceitável: “mínima e de natureza instrumental, com o objetivo de regular os direitos individuais que se contrapõem à liberdade de expressão” (QUE VENHA, 2009).

As colocações da ANJ e entes midiáticos semelhantes apontam a posição assumida diante da possibilidade de que o Legislativo venha discutir um novo marco regulatório, que ocupe o lugar da lei 5.235/67, e deixam invisíveis questões fundamentais. Conforme pondera Alberto Dines, jornalista e criador da organização Observatório da Imprensa:

[...] a Lei de Imprensa é um estatuto caduco. Porém sua extinção pura e simples não resolverá os problemas relacionados com a liberdade de expressão e acesso à informação. Nosso jornalismo – digital, eletrônico ou impresso – não se tornará mais qualificado, mais livre e mais responsável no momento em que for extinta, integral ou parcialmente, a famigerada legislação promulgada em 1967 (MUITO ALÉM, 2009).

As manifestações da grande mídia e órgãos empresariais não mencionam pontos fundamentais para a democracia e liberdade de imprensa, como concentração dos meios de comunicação, pluralismo de vozes e sujeitos, função social da mídia e direitos humanos, apenas para citar alguns assuntos invisibilizados. Assim como na realização da I CONFECOM e elaboração do PNDH III, os temas são boicotados e taxados como repressão e censura pelos veículos empresariais, que se apegam à concepção de que apenas o Estado pode ser um fator constrangedor da liberdade. Para eles a desregulação (ou regulação mínima) seria condição suficiente de fruição plena das liberdades de expressão e de

imprensa. No entanto, essa concepção só faz sentido para quem já usufrui desses direitos com plenitude, através do controle dos meios de comunicação. Como se percebe dos dois casos em análise, aos A os grupos midiáticos, o ideal libertariano é mais interessante do que a reflexão sobre a democratização da comunicação.

CONCLUSÃO

Dos estudos desenvolvidos neste trabalho, foi possível perceber que o processo de estruturação e exploração da comunicação audiovisual foi semelhante na Argentina e no Brasil. Nos dois países, a implantação das redes de transmissão em extensão nacional ocorreu especialmente durante os governos ditatoriais. A divisão dos meios audiovisuais também se operou nos períodos de ditadura, sendo marcada pelo domínio privado e concentrado, e perdura praticamente sem alteração até os dias atuais.

A concentração econômica da exploração dos meios foi aprofundada durante a fase neoliberal de cada país e, nesse momento, formaram-se conglomerados midiáticos com grande poderio, que atuaram sob os parâmetros do *free flow of information*.

As lutas pela democratização da comunicação resgataram o paradigma da *self reliance* e ganharam corpo, na Argentina e no Brasil, a partir do início do século XXI, acompanhando o processo político de esgotamento do neoliberalismo e ascensão de governos progressistas. Na Argentina, o processo de democratização da comunicação avançou mais do que no Brasil. O direito à comunicação foi reconhecido como direito humano, as lutas alcançaram amplitude social e atingiram a esfera estatal, promovendo a formulação e aprovação do novo marco regulatório, orientado pelos princípios da diversidade, pluralidade e democracia.

A contestação judicial de validade da *Ley de Medios* levou para o campo judiciário a disputa estabelecida no âmbito social entre os dois paradigmas da comunicação. O setor midiático empresarial, em defesa do *free flow of information*, impugnou os dispositivos da lei que alteravam o regime de apropriação e controle dos meios de comunicação audiovisual.

O julgamento da CSJN, ao confrontar os princípios constitucionais levantados pelas partes litigantes, realizou uma abordagem valorativa da lide processual. Entraram em disputa direitos patrimoniais e a liberdade de expressão em dimensão coletiva. O uso da técnica da ponderação como caminho decisório possibilitou a exposição precisa desse confronto. A avaliação proporcionada pela técnica não se detém apenas em soluções formais, mas leva ao enfrentamento dos valores jurídicos subjacentes à questão em análise.

O objetivo da ponderação é conferir racionalidade ao procedimento de decisão judicial e proporcionar soluções adequadas às peculiaridades dos conflitos principiológicos. Não se pode esperar da técnica uma solução em determinada direção. Na ação argentina, foi possível perceber que os resultados obtidos em cada etapa da ponderação dependeram da definição prévia dos conceitos confrontados. Essas definições, por sua vez, estavam atreladas ao referencial valorativo, jurídico, teórico e político dos intérpretes.

As empresas autoras e o Estado Nacional avaliaram os mesmos dispositivos legais de forma diferente quanto aos aspectos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, chegando a postulações divergentes, com base nos princípios privilegiados por cada um. A ponderação realizada pela CSJN, ao atribuir maior peso ao princípio da liberdade de expressão coletiva, revelou a afinidade política dos julgadores com o campo da *self reliance*.

Os desafios que se apresentam no país de agora em diante referem-se à implementação da *Ley de Medios*, que tem sido negligenciada pelos órgãos responsáveis por sua aplicação. Em lugar dar início a um processo profundo de desconcentração da propriedade dos meios e inserção de novos sujeitos na comunicação audiovisual, a norma tem sido instrumentalizada pelo governo com o objetivo estratégico de criar alianças eleitorais com o campo empresarial midiático. Os grupos de mídia, por sua vez, resignaram-se à norma adotando estratégias de manutenção de seu poderio, adotando manobras de burla à desconcentração objetivada pela lei.

Seria necessário um estudo mais apurado para que as fragilidades da norma pudessem ser identificadas e se elaborassem propostas para inibir as estratégias veladas de concentração, como a propriedade familiar e os “testas-de-ferro”.

No Brasil, o debate sobre a democratização da comunicação ainda não alcançou reverberação social e, nas instâncias institucionais, seu avanço tem sido vetado pela grande mídia. Foi o que se pode perceber na I CONFECOM e no PNDH III.

Desde a ditadura militar e os primeiros anos de reabertura política, o Estado tem distribuído o controle dos meios audiovisuais a partir de alianças políticas e troca de favores. Na perspectiva de manter relações amigáveis com os grandes veículos, os sucessivos governantes evitaram o tema da regulação dos meios

audiovisuais¹²⁶. Questões como existência de monopólios, propriedades cruzadas, concentração dos meios nas mãos de poucas famílias, coronelismo eletrônico e a falta de regulamentação dos dispositivos constitucionais referentes à comunicação social são sistematicamente ignoradas nos espaços governamentais e silenciadas pela grande mídia.

A ADPF 130 revelou essa conjuntura. O voto do ministro Ayres Britto abordou a Lei de Imprensa como se existisse no país um regime de cerceamento da liberdade causado pela norma, cujos dispositivos de conteúdo repressivo há muito não recebiam aplicação. Todo o regramento autoritário da lei fora submetido a controle difuso de constitucionalidade e o julgamento teve valor muito mais simbólico, por haver afastado do ordenamento norma regulamentadora da atividade de imprensa.

A tese da “ponderação prévia” foi uma negativa de Ayres Britto em realizar exame interpretativo mais apurado da Constituição. A falta da ponderação de princípios posicionou o debate num âmbito abstrato, formal, sem consideração da realidade da imprensa no país, a ponto de o ministro propor que o Brasil seria livre de monopólios no campo da comunicação porque a Constituição os proíbe.

O julgamento se direcionou muito mais para a desregulamentação da atividade midiática, o que ficou perceptível na acepção da liberdade de imprensa como direito absoluto e na proposição de interdição legislativa para o tema, presentes nas considerações de Ayres Britto. Esse posicionamento revela a influência da jurisprudência libertariana, predominante na Suprema Corte dos EUA nos últimos vinte anos, e, caso tivesse sido acolhido pelos demais ministros, poderia implicar na declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma regulamentar da atividade midiática.

A tese foi especificamente refutada pelos demais ministros, que sustentaram a exigência de sempre se preservar a proporcionalidade entre os princípios jurídicos, por meio de ponderação. Aduziram ainda que o ordenamento não atribui caráter absoluto a qualquer direito. Dessa forma, prevalece no STF o entendimento de que a Constituição permite a normatização da atividade de imprensa, a partir de uma reserva legal qualificada. Chama atenção, entretanto, que a ementa do julgamento

¹²⁶ Em 2010, a então candidata a presidenta, Dilma Rousseff, mudou o plano de governo apresentado ao TSE no ponto referente à regulamentação da mídia e, em entrevista ao programa 3 a 1 da TV Brasil, declarou que “o único controle é o controle remoto” (DILMA, 2010)

veicula proposições interpretativas do relator que haviam sido afastadas nos debates.

A desregulamentação provocada pela decisão da ADPF 130 alinha-se ao projeto da mídia empresarial para o campo da comunicação. Interessante notar que os veículos que defenderam a invalidação da Lei de Imprensa por se tratar de uma norma da ditadura militar foram os que mais cresceram durante o regime e se consolidaram como conglomerados multimídia.

Do outro lado, movimentos sociais no campo da comunicação promovem mobilizações pela democratização do espaço midiático. Em 2013, lançaram a campanha pela Lei da Mídia Democrática, que vem recolhendo assinaturas para levar ao Congresso Nacional o projeto de lei de iniciativa popular.

O direito à comunicação é pouco estudado no âmbito jurídico e ainda não alcançou tratamento normativo adequado. A restrição dos debates sobre o tema tem feito com que o capítulo da comunicação social, 26 anos depois de promulgada a Constituição, nunca tenha sido regulamentado. Esse quadro é sintomático da pressão dos grandes grupos de comunicação pela contínua redução do arcabouço normativo da matéria e estabelecimento de um quadro de autorregulação.

Seriam necessários estudos mais aprofundados para identificar as necessidades do país no que se refere ao regramento do espaço midiático. Percebemos a grande dificuldade na elaboração de um marco regulatório adequado, que atenda às necessidades de democratização, liberdade e pluralismo. Uma nova pesquisa, que examinasse as propostas elaboradas pelos movimentos sociais, poderia apontar os caminhos da regulamentação a partir de uma ótica diversa dos grupos empresariais, que, por enquanto, tem prevalecido no país.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **DOXA**, Alicante, nº 5, p. 139-151, 1988.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Derecho y razón práctica**. Cidade do México: Fontanamara, 1993.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. “O Império do Direito” de Ronald Dworkin. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 4. n. 7 e 8, jan./jun. 2001.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre Principios e reglas. **DOXA**, Alicante, nº 10, p. 101-120, 1991.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

BECERRA, Martín. Cambia, todo cambia: sistema de medios y regulación em la Argentina reciente. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, V. 14, p. 01-24, jun. 2013.

BEYOND Citizen Kane (Muito Além do Cidadão Kane). Direção: Simon Hartog. Produção: John Ellis. Londres, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**. Brasília: Paz e Terra, 1995.

BORGES, Altamiro. **A ditadura da mídia**. São Paulo: Anita Garibaldi/Associação Vermelho, 2009.

BREVE reseña legislativa de los antecedentes de la ley 26.522. ¿Un ruido nuevo o un eco de voces del pasado? **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, V. 14, jun. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 2010.

CAPPARELLI, S., RAMOS, M., SANTOS, S. **A nova televisão no Brasil e na Argentina** In: Enfin, sós. A nova televisão do Cone Sul. Porto Alegre: LP&M Editores, 1999.

COELHO, Armando Neto. **Rádio Comunitária não é crime, direito de antena: o espectro eletromagnético como bem difuso**. São Paulo: Ícone, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. **Revista USP**, São Paulo, n. 48, p. 06-17, dezembro/fevereiro 2000-2001.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2007.

COSTA, Sylvio, BRENER, Jayme. Coronelismo eletrônico: o governo Fernando Henrique e o novo capítulo de uma velha história. **Comunicação & Política**. Vol. IV, nº 2, p. 29-53, Brasília, maio-ago. 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

ENZENSBERGER, Hans Magnus. **Elementos para uma Teoria dos Meios de Comunicação**. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FEDERICO, Maria Elvira Bonavita. **História da comunicação: rádio e TV no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1982.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, V. 34 (2011). pp. 15-53.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FREIRE, Paulo. **Extensão ou comunicação?** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

GARGARELLA, Roberto. La concepción constitucional de la libertad de expresión. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, V. 14, p. 01-24, jun. 2013.

GIFREU, Josep. **O Debate Internacional da Comunicação**. Barcelona: Ariel Comunicação, 1986.

GOMES, Raimunda A. Lucena. **A comunicação como direito humano: um conceito em construção**. Dissertação de mestrado defendida junto ao Programa de Pós-graduação em Comunicação da Universidade Federal de Pernambuco, em 2007.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006 (Volume I).

_____. **Cadernos do Cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010 (Volume II).

GUARESCHI, Pedrinho. **A Comunicação e controle social**. Petrópolis: Vozes, 2001.

GUIMARÃES, Juarez; AMORIM, Ana Paola. **A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão**. São Paulo: Boitempo, 2013.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness**. Albany: State University of New York Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jürgen . **Teoría de la acción comunicativa, I**. Madrid: Taurus, 1999.

HERRERA, Joaquín Flores. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Libros de la Catarata, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEMAITRE RIPOLL, J. **El derecho como conjuro**. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre, 2009.

LIMA, Venício Artur. **Liberdade de expressão x Liberdade de imprensa**: direito à comunicação e democracia. São Paulo: Publisher Brasil, 2010.

_____. **Mídia**: teoria e política. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

_____. **Regulação das comunicações**: história, poder e direitos. São Paulo: Paulus, 2011.

MCCARTHY, Mardones. **La teoría crítica de Jürgen Habermas**. Madrid: Tecnos, 1987

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARX, Karl. **Para a questão judaica**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MASTRINI, Guilherme, y LORETI, Damián. Políticas de comunicación: un déficit de la democracia. In: SEL, Susana (org). **La comunicación mediatizada**: hegemonías, alternativas, soberanías Buenos Aires: CLACSO, 2009.

MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. São Paulo: Loyola, 2006.

MATTELART, Armand; MATTELART, Jean-Marie Piemme. **La televisión alternativa**. Barcelona: Anagrama, 1981.

MELO, R. Soares. Habermas e a estrutura “reflexiva” do direito. **Revista Direito FGV**. V 1, p. 67-78, mai. 2005.

MILL, John Stuart. **A Liberdade (1859)/ Utilitarismo (1861)**. São Paulo: Martins Fontes: 2001.

MORAES, Dênis de. **A batalha da mídia: governos progressistas e políticas de comunicação na América Latina e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Pão e Rosas, 2009.

_____. (org.). **Por uma outra comunicação: mídia, mundialização cultural e poder**. Rio de Janeiro: Record, 2010.

_____. **Vozes abertas da América Latina: Estado, políticas públicas e democratização da comunicação**. Rio de Janeiro: Mauad X-Faperj, 2011.

MOTTER, Paulino. **A batalha invisível da constituinte: interesses privados versus caráter público de radiodifusão no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade de Ciências Sociais/Universidade de Brasília, Brasília, 1994.

ORTIZ, Renato. **A moderna tradição brasileira**. São Paulo: Brasiliense, 2001.

PEDRON, Flávio Quinaud. A Ponderação de princípios pelo STF: balanço crítico. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XII, n. 40, p. 20-30, jan/mar. 2008.

PORTO, Ricardo. Los movimientos sociales vinculados a la comunicación y la Ley de Medios. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, V. 14, jun. 2013.

ROLIM, Renata Ribeiro. **Direito à comunicação: possibilidades, contradições e limites para a lógica dos movimentos sociais**. Recife: 8 de Março, 2011.

SANZ, Nicolás Gabriel Teubner. Libertad de expresión y diseño institucional: el caso de la ley de medios. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, V. 14, jun. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUCUNZA, Matías A. La organización de poder en la ley de medios. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, V. 14, jun. 2013.

TERROU, Fernand. **La información**. Barcelona: Oikos-tau, 1970.

UGARTE, Ramiro Álvarez. Una mirada desde los movimientos sociales al pasado, presente y futuro de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, V. 14, jun. 2013.

VÁZQUEZ, Manuel Montalbán. **Historia y comunicación social**. Barcelona: Grijalbo Mondadori, 1997.

VIERIA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **REVISTA DIREITO GV**, SÃO PAULO V. 4(2) | p. 441-464 | JUL-DEZ 2008.

WOLF, Mauro. **Teorias da comunicação**. Lisboa: Gruppo Editoriale Fabbri, Bompiani, Sonzogno, Etas S.p.A., 1999.

Referências em meio digital

7D. Aviso sobre la plena vigencia de la Ley de Medios (LSCA) a partir del 7 de diciembre. In: Casa Rosada, 2013. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=JfS942SJSx0#t=25>>. Acesso em: 15 dez.2013.

A LIBERDADE de imprensa acaba de sofrer um golpe na Argentina”, “Nova lei de mídia é vingança em dobro de Cristina, diz analista. ÓRGÃO de imprensa pede à Argentina que revise a lei de meios. In: Folha de São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u650718.shtml>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

ADVOCACIA Geral da União. Mensagem nº 366. Informações elaboradas para instruir o julgamento na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamenal nº 130.

Disponível em: <
[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/319_ADPF%20130%20Parecer%20AGU.p
df](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/319_ADPF%20130%20Parecer%20AGU.pdf)> . Acesso em: 20 dez. 2013

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso Extraordinario de acción declaratorio de inconstitucionalidade nº 439, 445, 451. Grupo Clarín S.A e outros c/ Poder Ejecutivo e outro. Disponível em: <
[http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&i
d=706428](http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=706428)> . Acesso em: 13 jun.2013

AYRES Britto: Judiciário ameaça liberdade de imprensa. Ela tem primazia. In: Conversa Afiada, 2010. Disponível em:
<[http://www.conversaafiada.com.br/brasil/2010/11/27/ayres-britto-judiciario-ameaca-
liberdade-de-imprensa-ela-tem-primazia/](http://www.conversaafiada.com.br/brasil/2010/11/27/ayres-britto-judiciario-ameaca-liberdade-de-imprensa-ela-tem-primazia/)>. Acesso em: 13 jan. 2014.

BRASIL. Lei 4.117 de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações.. Disponível em
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm >. Acesso em: 05 jun. 2013.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 10 de fev. 2014.

_____. Lei 5.250 de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em <[http://www.planalto.g
ov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm) >. Acesso em: 05 mar. 2014.

_____. Decreto nº592, de 06 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 05 mar. 2014.

_____. [Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992](#). Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 10 de fev. 2014

_____. Decreto-lei 236 de 28 de fevereiro de 1967. Complementa e modifica a Lei número 4.117 de 27 de agosto de 1962. Disponível

em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0236.htm>. Acesso em: 20 de fev.2013.

_____.Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Proponente: Partido Democrático Trabalhista. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=12837>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

CANCLINI, Nestor García. Los países latinos en la esfera pública transnacional. Revista Observatório. Dossier Economía y cultura. Buenos Aires: Secretaria de Cultura, n.1, novembro, p.44/49, 2004. Disponível em <<http://oic.mdebuenosaires.gov.ar/contenido/objetos/publicacionrevistaobservatorio1.pdf>>. Acesso em 10 fev. 2014.

CONFERENCIA de prensa de Frank La Rue en Casa Rosada. In: Audiovisual Telan, 2009. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=XGFeNizbBSw>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

CRISTINA Kirchner aperta cerco e tenta atingir finanças do Grupo Clarín. In: Veja, 2010. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/cristina-kirchner-aperta-cerco-e-tenta-atingir-financas-do-grupo-clarin/>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

DESEMBARGADOR rejeita imagem de censor. In: Folha de São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/09/1338384-desembargador-rejeita-imagem-de-censor.shtml>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

DILMA afirma que único controle da mídia é "o controle remoto". In: Último Segundo, 2010. Disponível em: < <http://ultimosegundo.ig.com.br/eleicoes/dilma-afirma-que-unico-controle-da-midia-e-o-controle-emoto/n1237724826114.html>> . Acesso em: 13 jan. 2014.

DINOSSAUROS no Brasil estão assanhadíssimos. Agora eles acham que vão conseguir pegar a Globo. In: Veja, 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/dinossauros-no-brasil-esta-assanhadissimos-agora-eles-acham-que-vao-conseguir-pegar-a-globo/>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

DIREITOS fundamentais na visão do STF: ADPF 130 e as consequências da não recepção da Lei de Imprensa pela CF/88. In: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=18>. Acesso em: 16 dez. 2013.

ELIADES, Analía. Historia Legal de la Radio y la Televisión en Argentina. In: Facultad de Periodismo y Comunicación Social. Universidad Nacional de la Plata, 2013. Disponível em: <http://www.perio.unlp.edu.ar/sites/default/files/eliades-hist_radioytv.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2014

GRUPO Clarín recorre às instâncias internacionais contra lei de Kirchner. In: Público, 2013. Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/jornal/grupo-clarin-recorre-as-instancias-internacionais-contr-lei-de-kirchner-27328873>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

HERZ, Daniel. Quem são os donos da mídia. **Carta Capital**. 6 de março de 2002. Disponível em: <http://donosdamidia.com.br/media/documentos/DonosCarta.pdf>>. Acesso em: 20 de dez. 2013.

MUITO além do cidadão Kane. Governo do Estado do Paraná, Curitiba, 25 jan. 2000. Disponível em: <http://www.sociologia.seed.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=577>. Acesso em 10 de fev. de 2014

MORAES, Dênis de. A batalha midiática na América Latina. **Patria Latina**. Brasília, mai. De 2013. Entrevista à Graziela Wolfart. Disponível em <<http://www.patrialatina.com.br/editorias.php?idprog=c74956ffb38ba48ed6ce977af6727275&cod=11530>>. Acesso em 14 de jun. de 2013.

MUITO além da letra da lei. In: Observatório da Imprensa, 2009. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/muito-alem-da-letra-da-lei>>. Acesso em: 17 jan. 2014

PDT. Petição inicial a ADPF 130, 2008. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/318_ADPF%20130%20Peticao%20inicial.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2013

QUE VENHA a Lei de Liberdade de Imprensa. In: Folha de São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0403200908.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

VICE critica ações anti-imprensa de Cristina Kirchner. In: Folha de São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u650102.shtml>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

UNESCO, 1983, **Um Mundo, Muitas Vozes:** comunicação e informação em nosso tempo (1988). Londres, 1983. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0004/000400/040066eb.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.