

UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL DE ANTENA NÃO SIMBÓLICO COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA

Sérgio Tibiriçá do AMARAL

Flávio Luís de OLIVEIRA

RESUMO

Discuti-se o direito de antena ou de acesso aos veículos de comunicação televisivos. A análise do também denominado direito positivo de informar busca entender o que leva esse instrumento de democracia a ser tratado como uma legislação simbólica, embora faça parte do sistema constitucional de garantias. Originalmente afeto ao campo político-partidário, hoje pode ser entendido como um instrumento de manifestação dos grupos minoritários e uma maneira de divulgação das diferentes mensagens. Em tese, serviria para que grupos organizados pudessem se expressar e manifestar suas idéias, dentro do que estabelece a democracia, como governo da maioria, mas com presença das minorias. Portanto, se busca discutir neste artigo como é possível deixar o direito de antena ser apenas uma legislação simbólica da sociedade, essencialmente política-ideológica para se tornar jurídica-instrumental. Com efeito, numa sociedade multifacetada e com interesses empresariais dos veículos de televisão, o direito de antena no País mostra-se como um simbolismo, uma sobreposição do sistema econômico-político sobre o jurídico. Há, portanto, um déficit da concretização normativa que impede a possibilidade concreta de inclusão dos grupos, especialmente os mais vulneráveis, como, por exemplo, as minorias, que não tem como divulgar seus problemas, fiscalizar os governantes e manifestar suas opiniões. O acesso aos meios de comunicação de massa nas televisões de sinal aberto poderia ser um instrumento de mostrar problemas, debater problemas do povo e fazer denúncias.

ABSTRACT

The antenna right comes, throughout history, acquiring special relief. Become, originally, from the politician-partisan area, today already is seen as an important instrument of effectiveness of the information right, the thought manifestation right and the ideas spreading. In this way, in a multifaceted society with diffuse

¹ Doutorando em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE de Bauru e em Direito das Relações Sociais pela UNIMAR. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP da Associação Educacional Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Professor dos Cursos de Especialização da Pontifícia Universidade Católica do Paraná-Londrina e professor-orientador da Universidade Estadual de Londrina-UEL. E-mail: sergio@unitoledo.br

² Mestre (1998) e Doutor (2000) em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Instituição Toledo de Ensino - Bauru/SP. Professor dos Cursos de Especialização da Instituição Toledo de Ensino, da Associação Educacional Toledo, do Centro Universitário Toledo, da Universidade Federal da Bahia, da Universidade Estadual de Londrina, da Escola da Magistratura do Paraná, da Escola Superior de Advocacia, do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania e da Escola Superior de Direito de Mato Grosso. E-mail: flavioluís@terra.com.br. Artigo submetido em 03/11/2009. Aprovado em 14/12/2009.

interests of origins and forms sufficiently varied, as it is the case of the majority of the contemporaries societies, the antenna right reveals it self as a concrete possibility of social inclusion and valuation of varied groups, especially most vulnerable, as, for example, the minorities.

PALAVRAS-CHAVE

Direito de antena; legislação simbólica; direito fundamental de informação; manifestação do pensamento; democracia; participação popular.

KEY-WORDS

Antenna right; information right, thought manifestation; democracy; inclusion; fundamental rights

Introdução

Faz-se a análise do instituto do direito de acesso às emissoras de televisão de sinal aberto, que embora tenha assento constitucional e seja um dos pilares da democracia participativa, concretamente não fornece o devido acesso aos direitos solenemente declarados. Registre-se, no entanto, que esse estabelecimento em nível de “Lei Maior” não significa ser sua utilização realizada da forma mais indicada e nem na extensão desejável dentro da democracia, fim de assegurar a participação dos mais diversos grupos e segmentos.

A forma de exposição foi uma análise sistemática e principiologica da Constituição e dos tratados internacionais, mas que usa também a doutrina estrangeira, como comparação. Houve um cruzamento lógico ou intelectual entre este instrumento e sua potencial utilização como meio de possibilitar a participação de grupos minoritários. Entre os métodos utilizados estão dedutivo e indutivo. Foram feitas análises nas legislações nacionais e estrangeiras, bem como dos tratados internacionais. O direito positivo de informar nas emissoras de televisão é tímido em relação à outros ordenamentos, em especial os europeus, como ficou constatado. O que se defende é uma ampliação que o torne efetivo o direito de antena, a fim de ampliar a participação democrática, num compromisso de real acesso para esses grupos populares. Busca-se deixar o simbolismo, a baixa concretização do dispositivo. O que se aborda é uma pretensão doutrinária de um direito de antena dentro de um sistema no qual prevaleça a autopoiese¹, em detrimento da alopoiese. Um instrumento democrático que não perca das forças devido às influências diretas de critérios econômicos estabelecidos pelas emissoras de televisão. Que fique livre também de

¹ Palavra de origem grega: autos (por si próprio, de si mesmo) e poiesis (criação e produção), tendo sua origem numa teoria da biologia de Maturana e Varela *apud* NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Da Autopoiese à Alopoiese do Direito*. In: Anuário de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, n.º 5. Recife: Universitária. jan./jun., 1995, p. 273.

critérios políticos, que fazem que o texto constitucional por falta de uma interpretação sistemática negue participação a parcelas do povo. Trata-se de um direito de ser-sujeito de direitos. A atual situação do direito de antena ao contrário, cofbe integração igualitária da sociedade. Niklas Luhmann é o introdutor desse conceito de autopoiese no direito, afirmando se tratar de um sistema que se reproduz primariamente com base nos seus próprios códigos e critérios, assimilando os fatores do seu meio-ambiente circundante(expectativas sociais), mantendo assim, a sua autonomia e identidade perante aos demais sistemas sociais². No caso, ainda de acordo com o doutrinador alemão, o sistema autopoietico prevalecem os valores e motivações que são buscados nos princípios, prevalecendo o código de lícito/ilícito.

1. O Direito de Antena

O direito de antena consiste na concessão por parte do poder público, de uso de uma freqüência sonora ou televisiva para determinados grupos ou atores sociais para a veiculação de idéias, informações e comunicação. Pode ser um espaço dentro de um canal existente ou mesmo, a abertura de um canal comunitário por exemplo.

O direito positivo de informar é bastante incipiente no Brasil, principalmente nas emissoras de televisão de sinal aberto, que são concessões ou permissões. As emissoras deveriam proporcionar espaço efetivo à toda sociedade.

No tocante aos veículos de comunicação de massa como a Internet, o direito positivo de informar é amplo, pois as regras democráticas permitem a criação de jornais e revistas, bem como de “blogs”. A Internet rompe as barreiras, abrindo espaço para todos os que são proprietários de computadores. Na chamada imprensa escrita dos jornais e revistas há restrições que estão dentro do regime jurídico de empresas privadas. Isso permite aos proprietários escolher os articulistas e colaboradores.

O problema está relacionado com as emissoras de televisão de sinal aberto, que não proporcionam esse direito fundamental de informar de forma positiva, mesmo sendo concessões do serviço público. A força simbólica do caráter normativo serve tanto para a falta de do direito de informar quanto para impossibilitar a mobilização para construção desse acesso que é tímido numa comparação aos outros países, justamente nos veículos que alcançam o maior número de brasileiros.

A Constituição Portuguesa, de 1976, foi pioneira em tratar o dispositivo no capítulo dos direitos fundamentais: Art. 37: “Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos ou discriminações”. Complementando:

PARTE I - Direitos e deveres fundamentais

TÍTULO II - Direitos, liberdades e garantias

² Idem. *Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina*. In: Revista Direito em Debate, ano V, n.º 5. Rio Grande do Sul: Unijuí, 1992, p. 15.

Artigo 40º - (Direito de antena)

1. Os partidos políticos e as organizações sindicais e profissionais terão direito a tempos de antena na rádio e na televisão, de acordo com a sua representatividade e segundo critérios a definir no estatuto da informação.
2. Nos períodos eleitorais os partidos políticos concorrentes têm direito a tempos de antena regulares e equitativos.

Em Portugal, a televisão estatal abre espaços para grupos folclóricos de dança e música, veteranos das guerras coloniais em Angola e Moçambique e outros pequenos grupos, entre os quais sindicais e profissionais. São espaços para o povo tratar dos problemas que lhe são importantes, sem o cinismo das elites. Ao revés do exemplo da constituição portuguesa, no Brasil há apenas uma garantia aos partidos políticos. Esse elevado grau de ineficácia normativo-jurídica poderia ser resolvido com a interpretação sistemática e principiologica dispositivos constitucionais (arts. 5º, IX e LIV; 215 e 220), que superariam as negações concretas desses direitos fundamentais de informação. Segue :

Art. 5º

.....omissis.....

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 215: o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais.

Art. 220 da Constituição Federal : nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.

Em nível internacional, o artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica, do qual é o Brasil signatário e ratificado pelo Decreto 678, de 1992, previu de modo mais aproximado à interpretação que se pretende. O tratado é bastante claro na proteção à sua fruição, sem qualquer embaraço ou restrição oficial de cunho preliminar:

Art. 13. Liberdade de pensamento e de expressão

.....omissis.....

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 rádio-elétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

O pacto garante que não pode haver obstáculos, o que ocorre na prática com a falta de acesso. Basta enxergar a força simbólica do dispositivo pátrio numa comparação com a Lei Fundamental de Bonn, a Constituição Portuguesa, a Constituição Espanhola e a Constituição da Itália. As emissoras de televisão dos Estados europeus abrem generosos espaços nas suas grades para divulgação das diversos grupos, pois entendem que a democracia tem um importante instrumento de fiscalização e da propagação de idéias e valores.

A Constituição Alemã traz o “*direito de se informar, sem impedimento, em fontes abertas a todos (...) e a liberdade de informação pela rádio, pela televisão e pelo cinema*” (artigo 5.º, n.º 1, da GG). No caso espanhol, artigo 20, n.º 1, alínea “d” há a prescrição do “*direito de comunicar ou receber livremente informação verídica por qualquer meio de difusão*”. Nos dois casos faz-se, respectivamente, uma referência expressa aos meios de forma genérica, o que não ocorre no Brasil, sendo que na Espanha graças ao dispositivo e sua interpretação extensiva há transmissões televisivas em idiomas do País Basco, Catalunha e Galícia.

A “Lei Maior” portuguesa, estabelece no artigo 37, n.º 1 : “*todos têm direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações*”.

Não há uma menção específica sobre os meios de consecução do direito previsto, embora os doutrinadores portugueses reconheçam à ampla e efetiva presença desse direito fundamental. São concedidos espaços televisivos aos partidos políticos no governo, e de, maneira democrática, aos de oposição ao governo, ou seja, se garante espaço igualitário à minoria parlamentar. O direito de antena português traz dispositivos autônomos no art. 38 e no art. 40, n.º 1, 2 e 3, tornando-o efetivo e não simbólico.

Em nível do Direito Comunitário, há vários protocolos aprovados em conjunto com o Tratado de Amsterdam, de outubro de 1997. Um dos dispositivos comunitários sobre o direito à informação como manifestação básica da democracia:

PROTOCOLO NO SISTEMA DE TRANSMISSÃO PÚBLICA NOS ESTADOS-MEMBROS (...) o sistema de transmissão pública nos Estados-membros é relativo diretamente às necessidades democráticas, sociais e culturais de cada sociedade e à necessidade de preservar o pluralismo dos meios (...)

A normativa européia entende ser o dispositivo uma maneira de garantir à democracia. E também um instrumento de fiscalização dos poderes públicos, sendo que por isso mesmo, a liberdade de expressão sempre figurou nas “cartas de direitos” desde a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte e da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A concepção brasileira do instituto do direito de antena se perfila com a concepção da Itália, na qual o direito de informação não mereceu consagração no

tocante aos meios necessários à sua implementação³. Contudo, a legislação ordinária italiana é mais ampla que a nacional, pois leva em conta os tratados internacionais e também no Protocolo da União Europeia, que é base do Direito Comunitário.

Por não terem sido definidos na Constituição de 1988 os meios pelos quais seriam efetivados, o chamado direito de antena ficou sem qualquer compromisso real acesso do povo aos espaços televisivos.

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior o direito de antena traduz o acesso ao espaço gratuito nos meios de comunicação para a propagação de idéias, doutrinas e outras mensagens⁴. Maria Helena Diniz⁵, numa abordagem mais direta, define o chamado direito de antena:

1. Direito à criação de empresas destinadas a difundir mensagens (Espanha e Alemanha).
2. Direito de resposta e de réplica política (Portugal).
3. Direito de captação ou transmissão da comunicação por meio de ondas.

Há apenas o dispositivo do art. 17, 3^o, no qual ficam garantidos aos partidos políticos o acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. A regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada, em nível de lei ordinária, estipula as propagandas política eleitoral e partidária. Percebemos que a Constituição nos leva a concluir por uma grande limitação no uso deste direito de acesso.

Ainda sobre assunto estudado a legislação infraconstitucional estabeleceu, embora ainda de forma bastante acanhada, o direito positivo de informar, através, inicialmente, da Lei nº 8.977/95. Se registrar essa abertura de espaço de comunicação na televisão – incluindo a transmissão a cabo e de comunicação televisiva⁶.

2. O caráter democrático e fundamental do direito de antena

O direito de informar não consiste em tese, dentro de um Estado Social Democrático de Direito, de algo a ser titularizado nas mãos de um reduzido ou grande segmento da sociedade, que teria o privilégio de fazer circular as mensagens, como notícias, doutrinas, críticas, propagandas e publicidades..

³ “(...) a formulação portuguesa adequa-se melhor às linhas proposta pela conceitualização italiana (onde o direito de informação não mereceu consagração constitucional) do que àquelas duas formulações positivas e à dogmática – não correctiva – a eles associada. A ponte pode ser feita, no entanto, através do *Direito Internacional*” cf. ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. *Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 115.

⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p.103. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 150. “(...) a formulação portuguesa adequa-se melhor às linhas proposta pela conceitualização italiana (onde o direito de informação não mereceu consagração constitucional) do que àquelas duas formulações positivas e à dogmática – não correctiva – a eles associada. A ponte pode ser feita, no entanto, através do *Direito Internacional*” cf. ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. *Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 115..

⁵ Segundo as noções convencionalmente utilizadas, referentes a Convenção Internacional de Telecomunicação de Madri (6 de dezembro de 1932) e de Buenos Aires (22 de dezembro de 1952), por telecomunicação se entende uma emissão, transmissão ou recebimento de sinal, de escrito, de imagem, de som ou de informação de qualquer natureza, pelo fio ou cabo, incluindo os de fibra ótica, bem como outros meios de sistema eletromagnético.

Esse direito pertence aos telespectadores dos veículos de comunicação de massa. Devem também ser estendidos aos grupos organizados, sindicatos, universidades, associações de moradores e outros. São direitos da sociedade como um todo e também das minorias. Ao assegurar total acesso, preserva-se as instrumento de controle por parte do povo, bem como se garante voz aos que não tem espaço nesses veículos de grande penetração, que foram a opinião pública.

Para Carlos Fayt, a liberdade de expressão não pode ser concebida como um monopólio, em mãos de grupos, que fazem circular as notícias e expõe suas opiniões sobre o sucesso que produzem a interação humana. O argentino revela a preocupação com o modelo do seu país, que como no exemplo do Brasil, não amplia o acesso ao direito de informar positivo⁷. A liberdade de expressão e os direitos de informação pertencem à sociedade inteira, pois são responsáveis pela formação da “opinião pública”. E nas democracias, por meios das eleições, os dois direitos relativos à manifestação do pensamento transmitidos pela televisão acabam por definir os ocupantes de dois dos três “poderes” ou funções do Estado.

Apenas como um amplo acesso aos veículos de comunicação televisivos, pode se democratizar a informação e a expressão, deixando de ter apenas uma força simbólica como direito fundamental. É um instrumento de acesso para outras liberdades, que deve ser cuidado e defendido por cada um dos cidadãos, como inapreciável bem de cada um e da comunidade⁸.

É função vital da chamada imprensa fiscalizar as atuações dos servidores públicos e dos eleitos para ocuparem funções, bem como discutir problemas e soluções.

Por isso, apesar da legislação constitucional ser simbólica e servir para à manutenção da falta desse direito de informar, há de se buscar uma interpretação sistemática da Constituição, que vise ampliá-lo.

A Lei da TV a Cabo⁹ regulou as concessões para as associações comunitárias e fundações, determinado a ampliação do direito de antena, com a criação de três canais gratuitos de uso da comunidade¹⁰. No caso, a mobilização social contribuiu para sua concretização normativa e efetivação. As operadoras são obrigadas a distribuir a programação de canais de VHF e UHF gratuitamente nas cidades onde não existam geradoras, sendo que onde há uma retransmissora,

⁶ FAYT, Carlos S. La omnipotencia de la prensa. Su juicio de realidad en la jurisprudencia argentina y norteamericana, Buenos Aires : La Ley, 1994, p. 84.

⁷ FAYT, op. cit., p. 85.

⁸ Lei nº 8.977/95. Art. 2º O serviço de TV a Cabo consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, mediante transporte por meios físicos. Esses sinais compreendem programas similares de rádio e televisão, mas podem ser também programas que caracterizam outras formas de subserviços.

⁹ Art. 23. A operadora de TV a Cabo, na sua área de prestação do serviço deverá tornar disponíveis canais para as seguintes destinações: 1 - CANAIS BÁSICOS DE UTILIZAÇÃO GRATUITA -omissis..... - E) um canal universitário, reservado para uso compartilhado entre as universidades localizadas no município ou municípios da área de prestação do serviço; - F) um canal educativo/cultural, reservado para utilização pelos órgãos que tratam de educação e cultura no Governo Federal e nos governos Estadual e Municipal com jurisdição sobre a área de prestação de serviço; - G) um canal comunitário aberto para utilização livre por entidades não governamentais e sem fins lucrativos.

¹⁰ Atualmente, as operadoras pagas transmitem a TV Câmara, a TV Senado, TV Justiça, um outro canal para o legislativo estadual e em algumas cidades, ainda um canal para a Câmara de Vereadores, que não é legalmente exigido das operadoras.

a operadora não é obrigada a transmitir¹¹.

O legislador ordinário cumpriu pelo menos nas emissoras de televisão pagas a vontade do constituinte e, como dever, ampliou o direito de acesso aos veículos de comunicação de massa ou massivos¹². Várias entidades universitárias e comunitárias foram formadas objetivando assegurar participação nesse tipo de televisão.

Vale ressaltar que, ao destinar um canal para uso universitário, quis o legislador assegurar acesso aos meios de informar, não apenas às universidades, mas também a outras instituições de nível superior, as chamadas faculdades, centros universitários e outras entidades de ensino nessa hierarquia. A finalidade foi garantir um espaço, para mostrar não apenas a produção científica e intelectual como também garantir a divulgação de serviços de extensão destinados à comunidade, além da cultura.

Ao tratar, no art. 23 do Capítulo V “Da Operação do Serviço”, a Lei nº 8.977/95 prevê que a operadora de TV a Cabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais para algumas destinações, entre os quais os canais básicos de utilização gratuita e participações da comunidade.

Vera Maria Nusdeo Lopes¹³ afirma haver um avanço, mas contido pelo dispositivo seguinte, o qual determina que, em caso de procura maior que a oferta de canais, a escolha será feita pela operadora, justificadamente, levando em consideração o direito de expressão e o exercício da livre concorrência, bem como a gestão de qualidade e eficiência econômica da rede.

Todos os segmentos da sociedade deveriam dispor dos instrumentos de informar, inclusive implementando a construção de um Estado Democrático de Direito plenamente participativo. A legislação é elitista, porque não respeita o direito soberano do homem comum, que não dispõe da televisão transmitida pelo cabo. Importante fazer a ressalva que um percentual muito pequeno da população possui o dispositivo do cabo, que é pago. A maioria assiste apenas às emissoras de sinal aberto.

O fechamento do sistema se dá na chamada televisão de sinal aberto, que chega a, praticamente, todas as residências¹⁴, sem os dispositivos do cabo.

No Brasil não há censura, ou seja, há um direito pleno e efetivo no aspecto

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 11. O título aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna às imposições constitucionais.

¹² Idem, *ibidem*, p. 318. Note-se que o art. 3.º da Lei da TV a Cabo prescreve que este tipo de serviço é destinado a promover a cultura universal e nacional, a diversidade de fontes de informação, o lazer e o entretenimento, a pluralidade política e o desenvolvimento social e econômico do país. As emissoras de TV a cabo deverão oferecer, publicamente, os canais destinados à prestação eventual ou permanente de serviços (art. 24, parágrafo 1º), o que significa, sem dúvida, uma regra consentânea com a busca da igualdade do direito de utilização dos meios de comunicação por todos os setores da sociedade.

¹³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Obra citada, p. 181. Nesse sentido, afirma o autor que, no ano de 1986, a TV Globo já somava quarenta e oito emissoras afiliadas, atingindo 17 milhões de domicílios em 98 por cento dos Municípios brasileiros.

¹⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, p.76.

negativo. Araujo e Nunes Júnior¹⁵ revelam a proibição de qualquer tipo de restrição, mas como estabelece Gomes Canotilho, para que o direito seja pleno existe outras vertentes que precisam ser observadas: de informar positivo, de se informar e de ser informado. Não obstante, as lições citadas, no tocante ao direito de antena:

o que se constata na prática é a existência de uma lei cheia de restrições, que prescreve até mesmo a obrigatoriedade de residência num raio de um quilômetro, como é o caso da Lei 9.612/98. Vale dizer, a lei configura o próprio embaraço e sua interpretação imposta aos tribunais, pelos controladores dos meios de comunicação, mais ainda¹⁶.

Ao abordar as características dos direitos fundamentais constitucionalizados, Gustavo Zagrebelsky afirma que o único conteúdo sólido que a ciência de uma Constituição pluralista deveria defender rigorosa e decididamente contra as agressões de seus inimigos é a pluralidade dos valores e princípios¹⁷. Nesse contexto, há necessidade desses meios agora não disponíveis, para que no futuro possam efetivar a pluralidade de valores presente na democracia. Numa boa interpretação sistemática e principologia, não pode haver restrições de nenhuma espécie. A não disponibilização dos meios necessários, portanto, contrária a vontade constitucional. Ao contrário deveria ser ampla para alcançar, plena e concretamente todas as partes da sociedade, que não são consideradas pela legislação simbólica.

Um direito de antena democrático pode conceder os meios necessários para dar “voz” aos diversos setores da sociedade.

Pontue-se que o direito de antena ainda esbarra em questões culturais, ideológicas e até mesmo de caráter moral com relação à sua efetiva implantação. Trata-se daquilo que Marcelo Neves chama de legislação simbólica¹⁸, ou seja, algo diferente do fático e real, que foi desenvolvido na teoria alemã¹⁹.

Mediante uma distinção chamada típico-ideal entre funções instrumentais, expressivas e simbólicas da legislação, Marcelo Neves define a legislação simbólica como aquela em que há o predomínio ou hipertrofia da função simbólica. Em especial, como no caso as que são político-ideológica em detrimento da função jurídico-instrumental, esta última de caráter normativo-jurídico. Dessa maneira, a marca distintiva da legislação simbólica do direito de antena consistiria no que Neves afirma: “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.”

A ausência de um efetivo direito de antena serve às finalidades políticas,

¹⁵ COELHO NETO, Armando Rodrigues. *Direito de Antena e Liberdade de Expressão*, in <http://jusvi.com/artigos/25830/1>, acesso em 04/09/2008.

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos, justicia*, p. 17.

¹⁷ NEVES, Marcelo. *A força simbólica dos direitos humanos*, p. 3

¹⁸ NEVES, Marcelo A. *Constitucionalização Simbólica*.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*.

de afastar o povo. Fica claro, portanto, que existe um déficit de concreção normativa, principalmente para os hipossuficientes, no tocante a possibilidade de inclusão e de divulgação dos costumes e tradições.

Conclusões: um amplo direito de antena

Os direitos humanos constituem uma conquista da sociedade moderna, cabendo também caracterizá-los como uma construção ou invenção da modernidade. Norberto Bobbio afirma ainda que essa construção história dos direitos fundamentais ocorre dentro do que denomina progresso moral da humanidade²⁰. Uma das questões é justamente a chamada concretude ou a busca de efetivação, de densidade, para direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, mas cuja aplicação é ainda algo incipiente ou simplesmente inexistente. Não pode ser apenas o direito de antena uma legislação simbólica. A “Lei Maior” proclama direitos fundamentais de informação que não são efetivados. O déficit dessa concreção jurídico-normativa constitucional não constitui somente um problema reduzido à questão da ineficácia das normas, mas também a hipertrofia de sua função simbólica. Como ficou patente na comparação com os modelos europeus e dos tratados internacionais, a questão do déficit de concreção não é um problema da modernidade periférica da sociedade brasileira. No entanto, levando-se em conta os efeitos decorrentes da expansão do código do poder econômico em relação à perda da capacidade da Constituição, quer se ressaltar que há nos espaços do direito de antena a presença de uma legislação simbólica. Os interesses econômicos das emissoras de televisão acabam se expandindo no sentido de anular a efetivação desse conteúdo relevante da democracia.

Para o âmbito deste estudo, busca-se incrementar a participação da população na divulgação de idéias, manifestações sociais e culturais, assegurando meios para realizar algo e abandonar a retórica política. Criou-se a ilusão de direitos fundamentais de informação constitucionalmente consagrados e obstrui-se, ao mesmo tempo, uma discussão conseqüente dos fatores que impedem a sua concretização, ou seja, ampliar o acesso ao direito positivo de informar.

É um direito que deveria fazer parte do cotidiano da população que, em última instância, é à base de sustentação da democracia, pois as emissoras formam a opinião pública, que definem o Legislativo e o Executivo.

Por um lado, a participação no direito de antena é um instrumento de cidadã, que pode ser interpretada como mecanismo político-jurídico de “inclusão de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade”. Nesse sentido, os direitos humanos que lhe constituem o conteúdo serviriam para deixar o futuro aberto à reprodução autopoietica do respectivo sistema social ao qual se relacionam²¹.

²⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e o Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, p. 184.

²¹ LEIS, Héctor Ricardo. Globalização e democracia: necessidade de oportunidade de um espaço público transnacional. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 28, ano 10, julho, 1995, p. 48-67.

De outro ângulo, a cidadania é construída a partir da esfera pública pluralista, tanto como exigência decorrente da semântica social dos direitos humanos, que, em princípio, não está vinculada a qualquer subsistema da sociedade, quanto nas diversas formas de luta pela concretização dos direitos fundamentais. De fato, não se trata mais aqui de inclusão de pessoas e grupos nos sistemas funcionais, mas a “autonomia pública” pode ser conceituada como inclusão de pessoas e grupos nos diferentes discursos da esfera pública e, dessa maneira, nos procedimentos constitucionais.

Na demonstração da capacidade do Estado fica claro a chamada “legislação-álibi”, que cria uma imagem favorável do Estado no que concerne à resolução de problemas sociais, por meio da divulgação da propaganda oficial e dos demais espaços reservados aos partidos, sem que haja acesso democrático.

A União Européia, por sua vez, indica uma espécie de retorno aos valores das minorias, no sentido de se prestigiar mais as manifestações locais, em prevalência a esquemas globais ou de eventos de toda comunidade continental no mais das vezes descaracterizadores desses valores regionais. E, neste sentido, a questão da real democratização da comunicação e do acesso a essa comunicação livre, popular, aberta, desembarcada, casa com harmoniosa perfeição ao conceito de valorização local. As emissoras de televisão européias mesmo divulgando os assuntos de toda a comunidade, abrem espaços generosos para os grupos minoritários com a finalidade de assegurar-lhes manifestações artísticas, idiomáticas e sociais.

A inclusão que aqui defendemos, assim e ainda mais, parece ser uma idéia apropriada quando imaginamos um modelo jurídico-político, almejado para o século XXI, que nos afasta do formalismo para que a haja a democracia:

Se se trata de criar um espaço público, num mundo globalizado e complexo, as vozes a serem escutadas não podem ficar restritas a uma representação formal dos governos. Certamente, o maior desafio para conseguir uma autêntica democratização da política internacional consiste em produzir um espaço público de acesso relativamente irrestrito e com capacidade real de influir no processo decisório sobre questões globais²².

O resgate dos valores culturais e sociais dos grupos e das regiões por meio da televisão é valor que funda a democracia, que deve respeitar às minorias.

No entanto, uma proximidade do Estado e do direito de informação com sua base humana mais elementar pode significar uma inclusão de mais vozes em seu exercício, bem como criar uma real possibilidade de participação. É necessária uma postura mais democrática, que torne possível, o nascimento de um novo direito de informação, mais inclusivo, mais propositivo e concreto. Menos formal

²² Haberbas, Jürgen, Verdade e Justificação – Ensaios filosóficos, p. 229.

como sustenta Habermas²³, “a letra imaculada do texto constitucional não é senão a fachada simbólica de uma ordem jurídica imposta de uma maneira altamente seletiva”.

A institucionalização dos direitos fundamentais de informação exige procedimentos abertos aos diversos segmentos da democracia. Só assim, o direito positivo de informar perderia sua função simbólica para ganhar força normativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. *Estatuto constitucional da actividade de televisão*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ALMEIDA, André Mendes de. *Mídia eletrônica – Seu controle nos EUA e no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CORASANITI, Giuseppe. *Trasparenza, pluralismo, interventi pubblici nella disciplina delle imprese editoriali*. Padova: CEDAM, 1988.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, Vol. 2, Saraiva: São Paulo 2.^a, 2005.

FAYT, Carlos S. *La omnipotencia de la prensa. Su juicio de realidad en la jurisprudencia argentina y norteamericana*. Buenos Aires: La Ley, 1994.

FERREIRA, Pinto Luiz. *Código eleitoral comentado*, 4. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: Ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.

LEIS, Héctor Ricardo. Globalização e democracia: necessidade de oportunidade de um espaço público transnacional. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 28, ano 10, julho, 1995, p. 48-67.

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

MARTINEZ, María Salvador. *La libertad de la televisión*. Barcelona: Cedecs, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NESPRAL, Bernardo. *Derecho de la información – periodismo, deberes y responsabilidades*. Editorial B de F. Montevideo, Uruguay. Buenos Aires, Argentina. 1999

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Entre Têmis e o Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, (tradução do autor), 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Da Autopoiese à Alopoiese do Direito*. In: Anuário de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, n.º 5. Recife: Universitária. jan./jun., 1995.

_____. *A força simbólica dos direitos humanos*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.º 4: Salvador.out/Nov/dez., 2005.

_____. *Entre Têmis e o Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, (tradução do autor), 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2008 –(Col. Justiça e direito).

NOBRE, Freitas. *Lei da informação: lei de imprensa, rádio, televisão e agências de notícias*. São Paulo: Saraiva, 1968.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 2001.

ZACCARIA, Roberto. *Diritto dell'informazione e della comunicazione*. Padova: CEDAM, 1998.

_____. *Materiali per un corso sulla libertà di informazione e di comunicazione*. Padova: CEDAM, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo; CLEMENTE, Michele e LODATO, Maria Gabriella. *La responsabilità professionale del giornalista e dell'editore*. Padova: CEDAM, 1995.