

A radiodifusão como serviço público: consequências para a possibilidade jurídica de imposição de cotas de conteúdo nacional

Broadcasting as public service: a juridical analysis of the proposed rules on local content must-carry obligations in Brazil

Submetido(*submitted*): 26 de agosto de 2009

Parecer(*revised*): 19 de outubro de 2009

Aceito(*accepted*): 17 de novembro de 2009

Laura Fernandes de Lima Lira*

Resumo

O serviço de radiodifusão, principalmente no que se refere à televisão comercial, possui grande impacto no Brasil. Contudo, esse serviço enfrenta alguns dilemas no que concerne à atuação estatal no setor e ao respeito à liberdade de expressão. Para lidar com esses problemas, é necessária uma abordagem sobre a natureza jurídica do serviço e as consequências de sua definição. Este trabalho desvenda a natureza jurídica do serviço de radiodifusão tal como previsto na Constituição de 1988, bem como analisa as diferenças entre controle e limitação à liberdade de expressão, para, a partir disso, estudar a sua aplicação no arcabouço jurídico brasileiro, principalmente no que concerne à imposição de cotas de conteúdo nacional. Estuda-se o conceito de serviço público e as limitações que ele impõe ao prestador do serviço, o aparato normativo do controle de conteúdo, e, por fim, as experiências de novos projetos de lei que visam instituir limites e controle de conteúdo aos serviços de comunicação eletrônica de massa no Brasil. Conclui-se que os princípios jurídicos decorrentes da titularidade estatal dos serviços de radiodifusão não têm sido reforçados por medidas concretas de incentivo à produção nacional, embora as discussões atuais do Congresso Nacional no âmbito do Projeto de Lei 29 levantem um de seus aspectos: a exigência de reserva de programação para a produção nacional.

Abstract

Modern life is largely influenced by broadcast services in Brazil, with special attention to commercial television. Policy makers face a constant dilemma over how to rule this sector without damaging the right of speech. To deal with this issue it is necessary to study these services' juridical nature and the consequences of its definition. This essay gives a panoramic view of broadcast services' juridical nature as stated in the 1998 Constitution and also analyzes the limits between regulating these activities and restraining the liberty of speech. These concepts will be then

*Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Universidade de Brasília. Co-organizadora da Coletânea Brasileira de Normas e Julgados de Telecomunicações.

applied to the Brazilian juridical framework with emphasis on the imposition of required percentages of national content at the distribution layer. The concept of public service and the limitation that it imposes upon electronic mass communication service providers, the normative tools of content control and the outcomes of new legislation pertaining content control and other regulatory issues are then analyzed. The conclusion is that the juridical principles related to the broadcast services have not being reflected into concrete benefits towards national content production, although some improvement can be achieved with the expected approval of the Proposition 29 (PL 29) by the Brazilian Congress in 2010.

Palavras-chave: radiodifusão; liberdade de expressão; TV digital; controle de conteúdo; Brasil.
Keywords: broadcast; right of speech; digital TV; content control; Brazil.

Introdução

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

Se, por um lado, a evolução da radiodifusão e sua introdução nos domicílios brasileiros podem contribuir para uma melhoria nos níveis de cidadania, por outro lado, tal profusão e progressiva essencialidade geram alguns subprodutos. A liberdade de expressão, adstrita àqueles que detêm outorgas para a prestação do serviço, não garante por si só benefícios ao cidadão. Como fazer para que as mídias atinjam objetivos sociais como a difusão de educação, cultura e diversidades?

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

A questão da regulação de conteúdo no Brasil é vista com desconfiança pela sociedade e principalmente por alguns atores do setor de telecomunicações, que sustentam ser esse mecanismo estatal uma forma de censura e limite à liberdade de expressão. A existência de um projeto de lei na Câmara dos Deputados (PL 29), que visa impor cotas de conteúdo

¹IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1992/2007*. Acessado em 12.06.2009.

nacional às programações da TV por assinatura, fez ressurgir o debate sobre a atuação do Estado nos serviços de comunicação social de massa.

O Projeto de Lei 29 é polêmico, pois atinge interesses de diversos atores do setor de telecomunicações: as empresas de telecomunicações (com seu poderio econômico), as radiodifusoras (com seu poderio político), as empresas de TV por assinatura, programadores e produtores independentes. A aplicação de princípios constitucionais de índole administrativa concernentes ao papel do Estado Democrático de Direito se faz necessária para balizar as discussões e não se perder a oportunidade de analisar o atual quadro da regulação dos serviços de comunicação de massa no Brasil.

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

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

A definição da radiodifusão como serviço público

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

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

No Brasil, Themistocles Cavalcanti afirma que a definição de serviço público é relativa. Ela depende do tempo, local e tipo de regime de cada

Estado.² Além de observar determinadas condições, como local e época, a definição de serviço público, passa pela integração dentro do conjunto dos serviços que são considerados públicos, não dependendo do regime interno do serviço, podendo ele ser prestado em regime privado ou público. É a natureza e finalidade do serviço que irão definir se ele é público ou não.

Assim, o autor classifica como serviços públicos os serviços prestados diretamente pelo Estado, bem como aqueles explorados por meios indiretos, como as concessões. O serviço, para ser considerado público, deve obedecer a um regime jurídico peculiar fixado pelo Estado; deve ser controlado por ele, e se destinar ao público em geral, sem visar “benefícios e interesses individuais”³. Ainda, os órgãos Estatais devem ter competência para proteger diretamente a execução do serviço. A intervenção é um dos elementos necessários para a classificação do serviço como público.

Com base na Constituição Econômica Brasileira, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho conclui que uma correta interpretação do texto constitucional leva à conclusão de que “serviço público” é uma espécie de atividade econômica que se distingue das atividades livremente exercidas pelo setor privado, uma vez que estão submetidas a um regime jurídico próprio, de titularidade estatal, tendo em vista o alto grau de sensibilidade de que se revestem.⁴

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

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

²CAVALCANTI, Themistocles. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed., São Paulo: Freitas Barros, 1964. p. 223.

³CAVALCANTI, Themistocles. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed., São Paulo: Freitas Barros, 1964. p. 231.

⁴CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 53.

A análise das constituições brasileiras demonstra que os serviços de telecomunicações e de radiodifusão foram tratados como serviços públicos reiteradamente sob titularidade estatal, o que não confere dúvidas à intenção do legislador de lhes caracterizar como serviços públicos⁵.

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

Desse modo, na prestação dos serviços públicos, devem ser observados certos princípios aos quais a prestação da radiodifusão de sons e imagens (televisão) não pode se furtar. Ao efetuar a concessão de um serviço, o poder concedente deve regulamentar e controlar a atuação do concessionário, a fim de que esses princípios sejam respeitados.⁶

Interferência na prestação da radiodifusão

Princípios de serviço público aplicáveis à radiodifusão

Os serviços públicos tratados como atividade econômica possuem princípios que lhes conferem especificidade e singularidade.⁷ A aplicação desses princípios garante aos serviços públicos o alcance de seus objetivos tidos como relevantes. Impende, neste ponto, ressaltar que existe um regime especial para a prestação dos serviços públicos incluindo normas e

⁵WIMMER, Miriam; PIERANTI, Octavio. Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Intercom, 2008. p. 4.

⁶MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 388.

⁷CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 54.

princípios de direito administrativo, não dependendo para sua aplicação a natureza jurídica da pessoa encarregada de sua exploração.⁸

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

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

O princípio da prestação de um serviço adequado está previsto no art. 175, parágrafo único, inciso IV da Constituição Federal. Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pelo art. 6º da Lei n.º 8.987 que determinou que o serviço adequado é aquele que observa os requisitos de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Esse conceito, contudo é insuficiente.

Para uma melhor conceituação desse princípio, destaca-se o ensinamento de Hely Lopes que, ao tratar da concessão, afirma que toda concessão fica submetida a dois tipos de norma: aquelas de caráter regulamentar e aquelas de ordem contratual. Importa analisar somente as de caráter regulamentar, que segundo o autor são as que disciplinam o modo e a forma de prestação do serviço.

As normas regulamentares estão estabelecidas em lei, regulamento ou contrato e visam à prestação de serviço adequado.⁹ Assim, a definição de serviço adequado está relegada à legislação sobre o serviço. No que concerne à radiodifusão, o Decreto n.º 52.795, de 31 de outubro de 1963 regulamenta o serviço de radiodifusão e, deste modo, impõe parâmetros para o que seja um serviço adequado.

Dentre as obrigações existentes na prestação do serviço de radiodifusão, o art. 28 do Decreto n.º 52.795/1963 inclui, além das obrigações referentes à utilização das frequências e início da execução do serviço, requisitos para a grade de programação da concessionária ou permissionária.

⁸GONÇALVES, Pedro. *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

⁹MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 389.

Ainda, a Constituição Federal, em seu art. 221, também impõe princípios que devem ser observados na prestação do serviço de radiodifusão.¹⁰

O Código Brasileiro de Telecomunicações - atual legislação incidente sobre a radiodifusão - também exige alguns requisitos na prestação do serviço em seu art. 38, tais como a observância de finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão e a destinação de um mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso.

É exigida, portanto, para a caracterização da prestação de um serviço adequado, a observância das obrigações impostas pelas legislações que regulamentam o serviço, como a Carta Maior, o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT) - atual legislação incidente sobre a radiodifusão - e o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão.

Já a atualidade do serviço significa que a prestação do serviço deve se adaptar a exigências da vida coletiva e dos avanços tecnológicos. Assim, visando a essa adaptação, é possível a modificação unilateral do contrato administrativo por parte do Estado.¹¹

Isso denota a falta de direito adquirido dos prestadores de serviço à manutenção das condições do contrato. A atualidade do serviço, ou sua adaptabilidade, ocorre visando a evolução dos serviços públicos, tanto em sua organização como em seu funcionamento, para que eles apresentem em sua prestação a máxima eficiência.¹²

Exemplo desse princípio, que visa à adaptação do serviço aos avanços tecnológicos, é a fixação de critérios por parte do Poder Público para implementação da tecnologia de TV digital no serviço de radiodifusão de sons e imagens. O Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006, que dispõe sobre a implantação do Sistema Brasileiro de TV Digital Terrestre (SBTVD-T), e estabelece diretrizes para a transição do sistema de transmissão

¹⁰Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

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

¹²JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 490.

analogica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão, estabeleceu período de dez anos para a transição do sistema de transmissão analógica para o SBTVD-T, contados a partir da publicação do Decreto, impondo que as radiodifusoras se adaptem ao novo modelo nesse período, tendo em vista que os canais utilizados para transmissão analógica seriam devolvidos à União após esse prazo.

Outro princípio, o princípio da universalização do serviço público - ou da generalidade - decorre do princípio constitucional da igualdade, na orientação de que os serviços públicos devem estar disponíveis a todos que deles precisem.¹³ Os serviços devem atender a todos independentemente da área geográfica em que se encontrem ou de condições socioeconômicas.

O serviço público deve ser prestado ao maior número de pessoas possível e sem discriminação entre usuários, não podendo existir preferências arbitrárias entre os usuários dos serviços.¹⁴

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

A Lei Geral de Telecomunicações também incluiu a universalização como requisito para a prestação dos serviços de telecomunicações em regime público, definindo como obrigações de universalização: “as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua

¹³CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 57.

¹⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 278.

localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público” (art. 79, da Lei 9.472/1997).

Como o objetivo do princípio da universalização é a diminuição das desigualdades regionais “argumenta-se que a garantia de obtenção, por todos os cidadãos, de prestações materiais que se revelam essenciais, impede a ‘elitização do serviço público’ com a restrição de seu acesso aos que deles possam se servir mediante pagamento”.¹⁵

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

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

Os serviços públicos possuem em seu conceito a ideia de essencialidade e por isso existe a previsão de continuidade em sua prestação. O serviço só pode ser interrompido em hipóteses restritas previstas em lei ou no contrato, como quando presentes razões técnicas, de segurança das instalações ou por inadimplemento do usuário, sempre levando em consideração o interesse coletivo.¹⁶

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

¹⁵CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 57-58.

¹⁶CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 55.

dever-poder do Estado intervir quando a empresa privada prestadora de serviço público descontinuar o serviço.¹⁷

Decorre desses princípios que o Estado pode intervir na atividade da concessionária de radiodifusão tendo em vista que se trata de um serviço público de titularidade do Estado e como tal este transfere apenas a prestação. Desse modo, o poder concedente poderá intervir na concessionária para garantir a continuidade do serviço e a sua prestação adequada.¹⁸ O Estado tem competência para proteger diretamente a execução do serviço e os cidadãos devem aceitar restrições a sua propriedade em favor do interesse do serviço público.¹⁹

Escassez do Espectro

Outro ponto importante relativo à radiodifusão e que permite uma maior intervenção no setor por parte do Estado é a noção de que a radiodifusão possui um regime diferenciado, tendo-se em vista a histórica “extrema escassez do espectro eletromagnético”.²⁰

Conforme estabelecido pela LGT o espectro de radiofrequências é um recurso limitado; um bem público que está sob a organização da Agência Nacional de Telecomunicações (Lei 9.472/1997, art. 1º, parágrafo único). O uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, depende de prévia autorização, a qual pode estar compreendida na autorização para prestação do serviço de telecomunicações (art. 4º, do Regulamento de licitação para concessão, permissão e autorização de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência)²¹.

¹⁷ARANHA, Márcio Iorio. Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA). CEPPAC/ UNB, 2005. p. 120.

¹⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2008. p. 83.

¹⁹FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Trad. Sabino A. Gendin. Madrid: Editorial Labor S.A., 1933. p. 265.

²⁰BAR, François; SANDVIG, Christian. Política de comunicações dos Estados Unidos pós-convergência. p. 96. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 1, n. 1, 2009, p. 77-110.

²¹No caso da radiodifusão, há uma assincronia na delegação do serviço. Apesar de a atribuição de uso e distribuição de canais competir à ANATEL, a outorga da prestação do serviço de radiodifusão é competência do Ministério das Comunicações, com a aprovação do Congresso Nacional. Isso encontra-se apoiado em parte na separação feita pela Constituição entre serviços de telecomunicações e

O espectro de radiofrequências foi definido como um recurso escasso ou limitado devido ao fato de que o uso de um mesmo espectro em uma mesma área pode gerar interferências prejudiciais, danificando a transmissão, emissão ou recepção de sinais.²² Desse modo, há uma impossibilidade técnica para a exploração ampla de uma faixa de radiofrequência por todos aqueles que tenham interesse em explorá-la.

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

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

Ademais, o espectro de radiofrequência é bem de uso comum do povo, devendo respeitar o direito de liberdade de expressão conforme estabelecido no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, “cabendo ao Estado seu gerenciamento promocional como serviço público”²³.

Os bens públicos, gênero no qual se incluem os bens de uso comum do povo, devem ser vistos como bens em que não predomina a vontade particular, devendo valer os princípios de direito administrativo.²⁴

É possível, em decorrência da escassez do espectro e de sua natureza de bem público, a intervenção nos serviços de radiodifusão. O conteúdo, desse

de radiodifusão. Ver ANATEL. Estudo Comparativo de Modelos Regulatórios Nacionais. Brasília: ANATEL, 2007 (online).

²²COSTA, Guilherme Ieno. Administração e uso de espectro de radiofrequência no Brasil. In: **Revista de Direito de Informação e Telecomunicações**, v. 1, n. 1, jul./dez. 2006, p. 59-68.

²³MOREIRA, João Batista Gomes. Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 236-237.

²⁴MOREIRA, João Batista Gomes. Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 225. João Batista Moreira destaca a distinção que deve ser observada entre as relações de propriedade e de administração, pois os bens públicos não têm propriedade; são coisas administradas vinculadas a uma finalidade impessoal. A destinação da coisa elimina todo o arbítrio na sua utilização, seja pelo Estado diretamente ou por uma pessoa administrada. É o critério de finalidade que justifica a atribuição de regime especial aos bens afetados à prestação de serviço público, mesmo que sob a titularidade de concessionárias.

modo, pode ser controlado para otimização do interesse público que deve ser respeitado.

Ao contrário da imprensa escrita que não possui limite ao acesso aos recursos necessários para a manifestação da liberdade de expressão, sendo a base para a liberdade de imprensa o livre acesso aos meios de comunicação, o acesso ao serviço de radiodifusão não é aberto.²⁵ A limitação do espectro é um empecilho ao acesso universal, podendo o Estado estabelecer propósitos que vise alcançar por meio da imposição de certos princípios, bem como delimitar espectros de frequências para finalidades específicas como as educacionais e o atendimento do livre fluxo de informações, garantindo a diversidade de pensamento.

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

No Brasil, existem atualmente seis grandes concessionárias de TV aberta, sendo que essas seis concessionárias abrangem um total de 667 veículos de comunicação, entre emissoras de TV, rádios e jornais. Isso significa que, apesar de o espectro de radiofrequência ser um bem público, ele é detido por poucos, e para se evitar o monopólio de informações, são necessários mecanismos que visem a maior participação do interesse público na radiodifusão.²⁶

Conforme observado, é possível a intervenção do Estado na atividade das concessionárias, permissionárias ou autorizadas²⁷ do serviço de

²⁵BAR, François; SANDVIG, Christian. Política de comunicações dos Estados Unidos pós-convergência. p. 88. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 1, n. 1, 2009, p. 77-110.

²⁶INSTITUTO DE ESTUDOS E PESQUISA EM COMUNICAÇÃO. Quem são os donos. In: *Carta Capital*, de 6 de março de 2002.

²⁷Importante se mostra ressaltar a confusa definição sobre as concessões, permissões e autorizações no serviço de radiodifusão. O problema surge devido à redação do art. 5º do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão que estabeleceu o conceito de autorização como sendo um instrumento geral de outorga, que compreende a

radiodifusão. O que importa saber é se essa intervenção gera uma limitação à liberdade de expressão.

A liberdade de expressão: preceito fundamental inerente à prestação do serviço de radiodifusão

A compreensão dos direitos fundamentais como direitos objetivos, ou seja, direitos que possuem significados para a coletividade, para o interesse público, como um direito para a vida comunitária²⁸ é a concepção adotada neste estudo.

Comumente os direitos fundamentais eram garantidos como direitos a atos negativos como o não impedimento por parte de entes públicos a determinados atos, o direito à não intervenção do Estado em situações jurídicas subjetivas (por exemplo, a não violação de correspondência) e o direito à não abolição de posições jurídicas.²⁹ Não restritas a essa vertente, encontram-se normas que consagraram o direito subjetivo a atuações positivas do Estado, seja por meio de prestações fáticas, seja por meio de prestações normativas.

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

²⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1256.

²⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1258.

As liberdades são tradicionalmente ligadas aos direitos negativos, a ações negativas, aos direitos de defesa perante o Estado. Existem diferentes tipos de liberdades. Há o direito geral à liberdade, que consiste no direito à liberdade física, à liberdade de movimentar-se, de ir e vir; a liberdade de expressão; a liberdade de informação; a liberdade de consciência, religião, culto; e a liberdade de associação.

Essas liberdades costumavam ser caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva. O conceito que une essas liberdades é aquele que possibilita a escolha de um comportamento.³⁰

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

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

Contudo, adota-se neste estudo o pensamento jurídico que passou a conceituar os direitos - mesmo os individuais - como resultados de uma cidadania ativa, condicionando o seu conteúdo a circunstâncias objetivas. Os direitos fundamentais, segundo a teoria das garantias institucionais do século XX, apresentam uma dupla faceta: uma individual e outra objetiva. O direito se afirma por ordenação da sociedade através do ordenamento jurídico, que limita a dimensão individual para reforçar a dimensão institucional³¹. Dessa forma, ao se regular o direito à liberdade de expressão, está se salvaguardando essa liberdade.

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

No Brasil, a liberdade de expressão já se encontrava na Constituição do Império e a evolução do preceito foi acompanhada nos demais textos

³⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 1260.

³¹CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 1398.

constitucionais, existindo restrições impostas pelo interesse público, contra ameaças dos excessos e abusos no exercício desse direito.³²

A Primeira Emenda (*The First Amendment*) da Constituição norte-americana é um índice internacional relevante para a conceituação da liberdade de expressão. A liberdade nela prevista consistia numa proteção contra a atuação governamental. Essa interpretação do significado da liberdade de expressão se deve à situação política na época em que lhe foi conferido significado. A proteção se dava contra a ação da censura oficial, por meio de policiais ou autoridades, em encontros ou passeatas.³³

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

A modificação do entendimento da liberdade de expressão ocorreu paulatinamente em virtude do aparecimento da mídia de massa, uma vez que o debate social e político, a partir do surgimento dessa mídia, passou a ser implementado por meio dos diversos meios de comunicação de massa: jornais, internet, televisão, rádio, entre outros.³⁴

Hoje existem dois modelos para conceituar liberdade de expressão segundo a Primeira Emenda norte-americana. O primeiro enfatiza um bom funcionamento de mercados de expressão: é o “market in ideas”. O outro modelo se fixa na deliberação pública, que associa a ideia de liberdade de expressão à deliberação democrática e não ao *laissez-faire* da economia.³⁵

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

³²CAVALCANTI, Themistocles. **Princípios gerais de direito público**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p. 241.

³³BARENDT, Eric. *The First Amendment and the Media*. p. 30. In: LOVELAND, Ian. *Importing the First Amendment: Freedom of Speech and Expression in Britain, Europe and the USA*. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 29-50.

³⁴BARENDT, Eric. Op. cit., p. 31.

³⁵SUNSTEIN, Cass. *Free market and social justice*. New York: Oxford University Press, 1997. p. 169.

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

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

Não obstante a interpretação comum de liberdade de expressão, no Estado Liberal, seja a de uma ação negativa do Estado, como a de não gerar empecilhos à manifestação de idéias, opiniões e pensamentos, a liberdade de expressão deve ser vista também em seu sentido positivo de “organização contra a monopolização econômica e para dar condições materiais ao exercício dessa liberdade pelo povo”³⁶. Nesse sentido, a liberdade de expressão tem como significado a possibilidade de ter acesso a mecanismos para a divulgação de opiniões, pontos de vista, ideias e crenças, aí embutida a ideia de que não basta poder expressar-se; é necessário ser ouvido.³⁷

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

O direito de informação pode ser estudado sob duas ópticas: uma ativa e outra passiva. Sob o aspecto ativo, o direito de informar é atribuído aos órgãos da imprensa. No aspecto passivo, encontra-se o direito do cidadão de obter a informação correta e imparcial. Essa liberdade engloba a de ter acesso às fontes de informação.³⁸

A liberdade de informar, portanto, está inserida na liberdade de expressão, de exercitar ideias, por meio oral, por escrito ou qualquer meio de difusão (radiodifusão, por exemplo). A liberdade de ser informado inclui

³⁶MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 392.

³⁷Idem, *ibid*.

³⁸SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 244.

o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, sem depender de censuras, respondendo cada qual pelo abuso que cometer.

A liberdade dominante é a de obter informação, ter acesso às fontes de informação. A informação deve ser transmitida sem distorções, para que não ocorra deformação ao invés de informação.³⁹ A liberdade deve estar ligada à difusão da informação e não apenas à sua manifestação.

José Afonso da Silva conceitua uma chamada liberdade de comunicação que seria um conjunto de “direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”⁴⁰. Essa liberdade estaria configurada pela leitura do art. 5º, incisos IV, V, IX, XII e XIV combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição Federal.

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

Os meios de comunicação, portanto, devem se reger por princípios que garantam essas liberdades. Isso significa que, observado o disposto na Constituição, não poderão sofrer restrições; não poderá existir lei que constitua cerco à liberdade de informação; que é proibido qualquer tipo de censura de natureza política, ideológica e artística; que a publicação impressa não necessita de licença da Administração Pública; que os serviços de radiodifusão dependem de autorização, concessão e permissão do Estado; e por fim, que os meios de comunicação não podem, direta ou indiretamente, constituírem monopólio.⁴¹

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

Exemplo disso é o art. 220, § 3º da Constituição Federal, que prevê a regulação sobre certas manifestações em diversões e espetáculos públicos e programas de rádio e televisão, enquanto não existe esse tipo de regulação

³⁹SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 246.

⁴⁰SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 242.

⁴¹SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 242-243.

para a imprensa escrita. Assim, a liberdade de expressão intelectual, artística e científica, conforme o meio pelo qual é feita, pode estar sujeita a uma regulamentação especial.

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

Existem, portanto, normas restritivas que limitam posições que se incluíam na proteção dos direitos fundamentais. Elas podem ser uma ordem, uma proibição ou uma imposição e possuem enorme relevância.⁴²

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

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

A ideia central da censura é a decisão de que matérias e conteúdos serão publicados e com que enfoque o será feito. A censura parte da submissão do conteúdo a um agente, que faz uma análise do conteúdo que será divulgado, como condição prévia para a sua veiculação.⁴³ O exercício dessa atividade de forma mais tradicional se dá por meio da proibição explícita e prévia de divulgação de um determinado teor.⁴⁴

A distinção entre os mecanismos legítimos e ilegítimos de controle de conteúdo é delicada. A censura é uma forma de controle de conteúdo, porém

⁴²CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1266.

⁴³BARROSO, Luís Roberto. *Constituição. Liberdade de expressão e classificação indicativa. Invalidez da imposição de horários para a exibição de programas televisivos*. In: **Revista de Direito do Estado**, v. 3, n. 11, 2008, p. 337-370.

⁴⁴PIERANTI, Octavio. *Censura versus regulação de conteúdo*. p. 135. In: SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna (org.). **Democracia e Regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 129-142.

isso não significa que qualquer forma de controle de conteúdo corresponderá à censura. Octavio Pieranti estabelece as principais diferenças entre a regulação legítima de conteúdo e a censura, tais como⁴⁵:

a) o ator que é protegido pela ação: na censura, o ator que se visa proteger é o Estado ou a iniciativa privada, enquanto que, na regulação legítima, é a sociedade. Vale ressaltar que essa diferenciação nem sempre é evidente, pois, na censura, pode-se utilizar o argumento de defesa do bem comum.

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

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

d) legalidade no Brasil contemporâneo: por fim, a distinção entre os meios legítimos e ilegítimos de controle de conteúdo encontra-se em sua previsão constitucional. A censura é um meio inconstitucional enquanto o controle democrático de conteúdo está previsto explicitamente na Constituição.⁴⁶

O controle de conteúdo, de forma legítima, conforme visto, se dá pelo cumprimento de normas gerais e abstratas preexistentes, presentes na Constituição e em atos normativos legitimamente editados.⁴⁷

A regulação de conteúdo é vista sob diferentes enfoques em cada um dos setores da mídia de massa. Desse modo, o que é tido como uma ofensa à

⁴⁵PIERANTI, Octavio. Op. cit., p. 140.

⁴⁶Sob este aspecto, discordamos do autor, uma vez que a censura realizada em épocas autoritárias possui como embasamento previsão constitucional. A Constituição de 1967 previa em seu art. 8º a censura de diversões públicas: “Art 8º. Compete à União: (...) VII - organizar e manter a policia federal com a finalidade de prover: (...) d) a censura de diversões públicas”.

⁴⁷BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, liberdade de expressão e classificação indicativa. Invalidez da imposição de horários para a exibição de programas televisivos*. p. 341. In: **Revista de Direito do Estado**, v. 3, n. 11, 2008, p. 337-370.

liberdade de expressão na imprensa escrita, não o será necessariamente na radiodifusão.

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

Nos Estados Unidos, o caso *Red Lion* tornou-se um marco na regulação da radiodifusão por considerar que os radiodifusores não possuíam os mesmos direitos à liberdade de expressão que a imprensa escrita. Aos radiodifusores foi concedido um privilégio de utilizar uma fonte escassa - espectro de radiofrequência -, o que exigiria a veiculação de diferentes posições existentes sobre determinados temas tidos como relevantes e isso seria compatível com a liberdade de expressão, mesmo que resultasse em controle regulatório dos proprietários das fontes de expressão (mídia).⁴⁸

Conforme já ressaltado, a especificidade da radiodifusão - serviço público prestado mediante autorização, permissão ou concessão, submetido a princípios de direito administrativo e com prerrogativas de bem público - permite um regramento específico para a sua atuação, com mecanismos que incentivem determinados tipos de conteúdo e protejam certos direitos.

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

A regulação estrutural dos meios de comunicação, por meio de regras antitruste, é vista com bons olhos e busca ampliar a diversidade da fonte de informação. O Estado não deve ficar inerte em relação aos meios de comunicação. Ao contrário, segundo essa teoria, ele deve estabelecer regras

⁴⁸BARENDT, Eric. *The First Amendment and the Media*. p. 34. In: LOVELAND, Ian. *Importing the First Amendment: Freedom of Speech and Expression in Britain, Europe and the USA*. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 29-50.

Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, v. 2, n. 1, p. 103-160 (2010)

DOI: <https://doi.org/10.26512/lstr.v2i1.21685>

para o mercado - regras de propriedade e contratos - e deve intervir nas ditas falhas de mercado para prevenir monopólios e práticas anticoncorrenciais.⁴⁹

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

A falta de qualquer forma de controle ou regulação de conteúdo corresponde à teoria do mercado aplicada à radiodifusão. Conforme essa teoria, os conteúdos serão definidos pela oferta e procura do público, ou seja, não é necessária a regulação uma vez que o próprio mercado definirá o que deve ou não ser transmitido.⁵⁰ O Estado deve se manter neutro para respeitar os pontos de vista. Afirma-se que a realidade do mercado irá produzir, com base na procura e na demanda, uma ótima mistura de opções de entretenimento e informação.⁵¹

Essa teoria é objeto de crítica, pois presume que todos são livres para ingresso no mercado para expressão de seus pontos de vista e para troca de informações. Já foi ressaltado exaustivamente a questão da limitação ao acesso à mídia de comunicação eletrônica de massa, limitação essa estabelecida pela escassez do espectro, fora outras condicionantes.

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

⁴⁹SUNSTEIN, Cass. *Free Market and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1997. p. 169.

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

⁵¹SUNSTEIN, Cass. *Free Market and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1997. p. 169.

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

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

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

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

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

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

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

Para o autor, as pessoas podem buscar proteger, como cidadãs, as crianças e adolescentes, enquanto, como consumidores, talvez não se interessassem por esse objetivo. Ainda, podem ter consciência de que suas escolhas como consumidores são menos do que ideais para um alto nível de programação e por isso poderiam optar pela regulação.⁵² Muitos aspectos nesse sentido podem ser levantados. O principal ponto, todavia, está no *status* constitucional das justificativas para proteção de certos conteúdos. A própria Constituição brasileira estabeleceu linhas de programação e tal fato não deve ser visto como uma limitação à liberdade de expressão, mas sim como incentivo a ela e à cidadania.

O surgimento de novas tecnologias abre um novo caminho para a interpretação da liberdade de expressão. Conforme definido por Canotilho, os princípios variam de acordo com as condições fáticas ou jurídicas, visando a realização de algo da melhor forma possível. Desse modo o significado da liberdade de expressão deve se adaptar às novas realidades fáticas que estão nascendo sem perder seu conteúdo central.⁵³

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

A regulação de conteúdo, tendo em vista esse quadro, é essencial para garantir a liberdade de circulação de informações e a variedade de pensamento. Ela deve ser feita de modo a não limitar a liberdade de expressão, mas sim potencializá-la. Mecanismos conhecidos para a regulação de conteúdo são: imposição de cotas de conteúdo específico; limites para programas de publicidade; restrições ou aberturas ao capital estrangeiro; incentivo à produção independente, regional e nacional; classificação indicativa, entre outros.

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

⁵²SUNSTEIN, Cass. Op. cit., p.190.

⁵³CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1255.

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

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

As políticas públicas para as comunicações não podem se limitar à implantação de infraestrutura e a investimentos a ela vinculados. São de encargo das políticas públicas as condições para a difusão de ideias, valorização da cultura nacional e desenvolvimento econômico.⁵⁴

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

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

Controle administrativo

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

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

⁵⁴MARTINS, Paulo Emílio; PIERANTI, Octávio. *Políticas Públicas para as comunicações no Brasil: adequação tecnológica e liberdade de expressão*. Trabalho apresentado no Encontro de Administração Pública e Governança, realizado em São Paulo nos dias 22 a 24 de novembro de 2006.

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

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

“(…) ao lado de tantas outras – por exemplo, da proteção absoluta à criança e ao adolescente, da proteção ao meio ambiente e da promoção da diversidade cultural – expressa rigorosamente o novo modelo sócio-normativo, ou melhor, o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, consagrado na ‘Constituição Cidadã’.”⁵⁵

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

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também sustenta a classificação indicativa. Em seu artigo 74, o Estatuto estabelece que compete ao poder público regular as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a sua natureza, as faixas etárias recomendadas, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada⁵⁶.

⁵⁵ROMÃO, José Eduardo Elias. *A nova classificação indicativa: construção democrática de um modelo*. p. 19. In: CHAGAS, Claudia Maria; ROMÃO, José Eduardo Elias; LEAL, Sayonara (org.). **Classificação indicativa no Brasil: desafios e perspectivas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 17-48.

⁵⁶A Portaria nº 773/1990 do Ministério da Justiça, que buscava uniformizar os critérios classificatórios das diversões públicas e dos programas de rádio e televisão, foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 392-5, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio (DJ 23/08/1991). O ministro relator não conheceu da ação alegando que o ECA é a lei federal que regulamenta o art. 220, § 3º, I, da Constituição Federal. Sendo assim, careceria a ação de inconstitucionalidade, pois qualquer extravasamento do poder regulamentar resolver-se-ia no campo da legalidade e não em uma ação direta de inconstitucionalidade.

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

A Portaria nº 773, de 19 de outubro de 1990, foi a primeira a tratar do assunto. Essa portaria estabeleceu a competência do Ministério da Justiça para informar sobre a natureza das diversões e espetáculos públicos, bem como a faixa etária a que não se recomendam e fixação dos horários em que sua exposição se mostre imprópria.

Em 2000, o esforço para a concretização do dispositivo constitucional tomou forma na Portaria nº 796/2000, do Ministério da Justiça, que instituiu que as emissoras de televisão e os distribuidores deviam submeter produtos audiovisuais à análise prévia do Ministério da Justiça e, como novidade em relação à portaria anterior, impôs a obrigação de monitoramento da programação por parte do Ministério Público. Na ocasião de descumprimento da classificação indicativa, o caso é encaminhado ao Ministério Público para que sejam aplicadas as sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, arts. 252 a 258).

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

A Portaria 1.220/2007 introduziu alterações importantes no processo de classificação indicativa.⁵⁷ A primeira delas consistiu em excluir expressamente da atividade de classificação programas jornalísticos ou noticiosos, programas esportivos, programas ou propagandas eleitorais e publicidade em geral, incluídas as vinculadas à programação.

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

⁵⁷Elias Romão ressalta o caráter de processo da classificação indicativa: “(...) a classificação indicativa é norma constitucional processual. Ou seja, a classificação é um processo, um procedimento que se desenvolve discursivamente.” (ROMÃO, José Eduardo Elias. Op. cit., p. 31).

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

A classificação indicativa ainda é vista com maus olhos por alguns atores do setor, notadamente os radiodifusores, que costumam classificá-la como censura. Por outro lado, outros atores, representantes dos direitos das crianças e dos adolescentes, por exemplo, costumam afirmar que a as formas de classificação ainda são tímidas para os objetivos que buscam almejar.⁵⁸ Apesar das divergências, a nova portaria sobre classificação indicativa foi um avanço na busca de um controle democrático.

Esse é, portanto, o atual cenário do controle administrativo de conteúdo: ele se dá por meio da classificação indicativa, que busca cada vez mais se legitimar por meio de uma atuação democrática, passando por diversos sujeitos para que se obtenha uma melhor análise e classificação do conteúdo audiovisual.⁵⁹

Controle social

Outra forma de controle de conteúdo é o controle social. Barroso o conceitua como sendo a atuação organizada da sociedade civil, instituindo meios de coordenação e cooperação para a promoção de objetivos comuns.⁶⁰

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

⁵⁸ROMÃO, José Eduardo Elias. Op. cit., p. 19.

⁵⁹ROMÃO, José Eduardo Elias. Op. cit., p. 33.

⁶⁰BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, liberdade de expressão e classificação indicativa. Invalidez da imposição de horários para a exibição de programas televisivos*. p. 345. In: **Revista de Direito do Estado**, v. 3, n. 11, 2008. p. 337-370.

O órgão foi criado em 2002 e não obteve maior projeção em sua atuação.⁶¹ De fato, desde 2007 o Conselho encontra-se sem atividades, uma vez que os mandatos de seus representantes terminaram em 2007 e até o momento não foram escolhidos novos.

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

Controle judicial

O Estado controla conteúdo judicialmente, preventivamente e repressivamente. O Poder Judiciário pode, por meio de provocação dos interessados e garantido o devido processo legal, limitar a liberdade de expressão quando esta colide com outros direitos constitucionais.⁶²

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

⁶¹O Conselho, durante o seu funcionamento, elaborou 14 pareceres sobre projetos de leis que tratavam desde inclusão de canal reservado ao TCU no conjunto de canais básicos de utilização gratuita no Serviço de TV a Cabo até a exigência de classificação indicativa nos programas jornalísticos. No que concerne ao controle de conteúdo, destaca-se o Parecer nº 1/2004 CCS, que se manifestou favoravelmente ao Projeto de Lei da Câmara nº 59/2003, que dispunha sobre a regionalização da programação cultural, regulamentando o inciso III, do art. 221 da Constituição Federal.

⁶²Dentre esses direitos destacam-se os presentes no art. 5º da Constituição Federal: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Também não devem ser olvidados os princípios elencados no art. 221 da Constituição: "I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família." Por fim, merece destaque a proteção especial garantida às crianças e adolescentes no art. 227 da Constituição: "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

parâmetros que a constituição impõe.⁶³ O art. 220, §3º, incisos I e II da Constituição Federal dispõe sobre os limites para a livre iniciativa e formas de controle na programação televisiva. O art. 221 da Carta Magna estabelece os princípios que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão deverão atender.

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

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

A defesa de uma programação televisiva adequada é regulada por diretrizes presentes tanto na Constituição Federal, como na legislação ordinária. Assim, existe um interesse difuso a que a programação proporcionada atenda a um padrão básico de qualidade.⁶⁴ Esse padrão seria um direito difuso por haver uma coletividade de sujeitos indeterminados - telespectadores - ligados pela circunstância de assistirem à programação televisiva.

A ação civil pública é considerada por alguns autores⁶⁵ o instrumento adequado para proteger os interesses jurídicos elencados no art. 221 da Constituição Federal. Seria um dos meios legais a que alude o art. 220, §3º, III, da Constituição Federal. Isso significa que, uma vez violados os princípios elencados na Constituição, seria a ação civil pública meio hábil a exigir do infrator ressarcimento em perdas e danos, bem como o

⁶³MANCUSO, Rodolfo Camargo. *O controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva*. p. 91. In: **Revistas dos Tribunais**, v. 90, n. 793, nov. 2001. p. 89-103.

⁶⁴MANCUSO, Rodolfo Camargo. Op. cit., p. 99.

⁶⁵Ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública e programação de TV*. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 201, jul/set. 1995. p. 45-56.

cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º da Lei 7.347/85). Dessa forma, sendo o pedido procedente, é possível que o órgão judicial proíba a exibição de programa incompatível com a Constituição e imponha à programadora ou emissora que adapte a sua programação às diretrizes do art. 221.⁶⁶

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

“E se é verdade que alguns dispositivos constitucionais remetem à lei regulamentadora (art. 21, XIII, a; § 3º do art. 220; art. 224), em contrapartida no art. 221 e incisos já se fixam, impositivamente, os princípios que regem o conteúdo da programação televisiva, de modo que não é escusável a postergação das correlatas medidas preventivas ou repressivas”⁶⁷.

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

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

III - à ordem urbanística;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (...)

⁶⁶MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 50.

⁶⁷MANCUSO, Rodolfo Camargo. Op. cit., p. 96.

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

Questiona-se se a atuação do juiz seria uma forma de censura judiciária, uma vez que foi vedada a censura administrativa. O exercício da função jurisdicional, no terreno da programação televisiva, não constitui censura. Se a constituição legitima o recurso ao Judiciário em tema de programação televisiva, ao mesmo tempo em que veda a censura e garante o devido processo legal, fica fora de dúvida que a interferência do Judiciário não constitui forma de censura.⁶⁸

Em relação à defesa individual à honra, imagem, vida privada e intimidade das pessoas, não há dúvidas sobre a possibilidade de ações com cunho reparatório, ou seja, ações *a posteriori*. Contudo, existe uma discussão no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a possibilidade de o Judiciário impedir cautelarmente a publicação de determinada matéria na imprensa quando se trata de matéria jornalística ofensiva aos direitos da personalidade.⁶⁹

A polêmica, ainda existente no STF, questiona se, em nome da liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento, o atingido somente poderia opor ações de responsabilidade civil e penal com efeitos posteriores à efetiva publicação.⁷⁰ A questão é sempre sensível, pois acarreta a análise de

⁶⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 53.

⁶⁹“EMENTA: Caso O GLOBO x GAROTINHO. (...) 6. Impossibilidade de afirmação no caso de tal pressuposto da tutela recursal antecipada: (a) polêmica - ainda aberta no STF - acerca da viabilidade ou não da tutela jurisdicional preventiva de publicação de matéria jornalística ofensiva a direitos da personalidade; (...)”. (Pet 2702, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2002, DJ 19-09-2003 PP-00016 EMENT VOL-02124-04 PP-00804)

⁷⁰Sobre o assunto, importante ver o MS 24832 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/03/2004, DJ 18-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02243-01 PP-00128. Nessa medida cautelar, em mandado de segurança, o ministro Carlos Britto e o ministro Cezar Peluso debateram sobre a possibilidade de se proibir previamente o televisamento de depoimento em CPI. Para o ministro Cezar Peluso era possível a proibição do televisamento. Ele chegou a argumentar: “vamos deixar acontecer para dizer: ah, então, agora vamos proteger. Proteger o quê?”. O ministro Carlos Britto defendeu posição contrária. Para ele, não existiria “direito líquido e certo do impetrante de ver sua imagem subtraída do

direitos conflitantes que são protegidos constitucionalmente: direitos da personalidade *versus* direito à informação. A depender de cada caso, a medida cautelar nessas ações seria possível ou não, mas as discussões no STF têm demonstrado que nem acerca disso há consenso.

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

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

Controle legislativo

O controle de conteúdo legislativo dá-se de forma positiva impondo a transmissão de conteúdo que tenha especial interesse para a sociedade, conforme definido pelo legislador.

Ou seja, ao invés de se restringir ao controle judicial preventivo, expresso na proteção à honra, imagem das pessoas e princípios elencados no art. 221 da Constituição Federal, de um lado, e ao controle administrativo preventivo, expresso na classificação indicativa para proteção da família, criança e adolescente, de outro, o controle de conteúdo legislativo se apresenta como um controle pró-ativo de conformação da grade de programação em seu dever de fazer valer políticas públicas de valorização da cultura nacional e de desenvolvimento socioeconômico.

Dita opção política demandou um arcabouço constitucional e legal para a sua concretização. O CBT, instituído pela Lei nº 4.117/62, representa o marco legal do setor de radiodifusão. Contudo, apesar desse código se apresentar como a legislação que disciplina a organização dos serviços de

televisamento direto”. O ministro Gilmar Mendes se manifestou pela possibilidade de uma intervenção prévia, enquanto o ministro Carlos Velloso expressamente disse que a “Constituição não quer e não deseja a censura, proíbe a censura e quer que os excessos sejam resolvidos, *a posteriori*, nos Tribunais”.

radiodifusão, o CBT, em sua redação original, não conferiu um tratamento adequado aos serviços de radiodifusão.⁷¹

Somente com a promulgação do Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, aprovando o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, foram esclarecidos os objetivos e fundamentos que nortearam a opção política para o setor.⁷²

Limites ao capital estrangeiro

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

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

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

A aprovação da Emenda Constitucional nº 36/2002 foi objeto de diversos debates. Alegava-se, durante a sua tramitação, que a nova redação do art. 222 da Constituição Federal seria contrária ao interesse público devido à atuação estratégica da radiodifusão para o desenvolvimento do país. Levou-se ainda ao debate a assertiva de que não seria necessário, para revigorar o setor, a abertura ao capital estrangeiro. A capitalização poderia ser feita com capital nacional ou mesmo mediante captação de financiamento externo, por meio do BNDES. A aprovação da nova redação iria concentrar ainda mais o setor.

⁷¹AMARAL, Rosa Maria Pinto. *Controle do conteúdo da programação televisiva: limites e possibilidades*. Monografia de Final de Curso. Faculdade de Direito/UnB: 2006. p. 21. Vale ressaltar que, com as alterações feitas no art. 38 do CBT pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002, as finalidades sobre a programação foram incluídas no CBT.

⁷²AMARAL, Rosa Maria Pinto. Op. cit., p. 22.

Esses argumentos, porém, foram vencidos e a Proposta de Emenda Constitucional nº 5/2002 foi aprovada. Destacam-se, portanto, aspectos importantes que marcaram a linha política adotada, em razão da Emenda Constitucional nº 36/2002. Permitiu-se a participação de capital estrangeiro, desde que limitado a 30% do capital total.

“A alteração do art. 222 da Constituição Federal representa a perspectiva de revitalização de um setor empresarial que, tolhido por preceito anacrônico, encontra-se em descompasso com a enorme abertura empreendida pela economia brasileira”⁷³.

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

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

Tem-se, então, que, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 36 ao art. 222 da Constituição Federal, permitiu-se a participação do capital estrangeiro, porém limitou-se essa abertura, de forma a tentar incentivar o crescimento do setor com aportes estrangeiros, mas mantida a presença compulsória da participação de brasileiros no setor.

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

⁷³PARECER Nº 242, de 2002, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 5, de 2002. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2002/04/10042002/04066.pdf>

Restrições à publicidade

O controle de conteúdo visa proteger alguns preceitos constitucionais frente à liberdade de expressão ampla que atinge direitos individuais e coletivos. As propagandas comerciais são meios hábeis para atingir esses preceitos que se visa proteger. Dessa forma, visando uma regulamentação mais rígida da publicidade, existem diversos dispositivos legais que buscam proteger os consumidores dos malefícios da publicidade.

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

Nesse diapasão, prevê o art. 220, § 4º, da Constituição obrigações relativas à veiculação de propaganda comercial, especificamente daquelas que buscam vender bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, que devem conter advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. A lei regulamentadora dessas restrições foi a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996.

No que concerne ao objeto de estudo deste trabalho, a Lei 9.294/1996 trouxe algumas espécies de controle de conteúdo. A antiga redação do seu art. 3º permitia a veiculação de propaganda de produtos fumíferos - cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos - em emissoras de rádio e televisão, no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas, o que resultava em um controle administrativo semelhante à classificação indicativa. Porém, a nova redação do artigo 3º limita a veiculação desse tipo de propaganda a cartazes, painéis e pôsteres. Trata-se de um controle restritivo a um certo tipo de conteúdo.⁷⁴

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

⁷⁴Antiga redação: “Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior somente será permitida nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas”. Nova redação: “Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda. (Redação dada pela [Lei nº 10.167, de 27.12.2000](#))”.

Cotas de Programação

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

Os argumentos muitas vezes relacionados às cotas de conteúdo estão voltados à importância da diversidade de conteúdos no contexto democrático e à necessidade de possibilitar a inserção de grupos minoritários nos meios de comunicação social de massa. Há ainda, o argumento de que é necessário proteger a cultura nacional, discussão essa que existe inclusive na OMC, com relação à chamada “exceção cultural”.⁷⁵

⁷⁵A definição de “exceção cultural” surgiu quando a França e os Estados Unidos divergiram quanto ao conceito dos bens das indústrias culturais, no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), em sua Rodada do Uruguai, de 1994. A França não aceitou a liberalização do setor audiovisual, por não considerá-lo como mercadoria comum. Alegou que se trata de um serviço misto, pois além de comerciais, esses produtos têm valor simbólico e geram propriedade intelectual. A exceção cultural passou a ser sustentada pelo conceito de diversidade cultural apresentado na Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural da UNESCO, de 2 de novembro de 2001. A Declaração, além de definir o que seja diversidade cultural, garante a utilização da “exceção cultural” quando este conceito é inserido em acordos multilaterais. Ainda, a Declaração dispõe em seu art. 11 que as forças do mercado, por si sós, não podem garantir a preservação e promoção da diversidade cultural. Desse modo, afirma convir o fortalecimento primordial das políticas públicas, em parceria com o setor privado e a sociedade civil para estimular a produção, a salvaguarda e a difusão de conteúdos diversificados nos meios de comunicação e nas redes mundiais de informação e, dessa forma, promover o papel dos serviços públicos de radiodifusão e de televisão na elaboração de produções audiovisuais de qualidade, favorecendo, particularmente, o estabelecimento de mecanismos de cooperação que facilitem sua difusão. Dentre as medidas possíveis para essa promoção, encontram-se as cotas de produção internas, cotas de difusão/investimento para obras audiovisuais com certos objetivos culturais ou linguísticos, cotas de conteúdo para obras de produtores independentes, além dos mecanismos de suporte financeiro. Ver, a respeito: THIEC, Yvon. *Da OMC à UNESCO – comércio, cultura e globalização: a posição defendida pela França*. In: BRANT, Leonardo (org). **Diversidade Cultural. Globalização e Culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas**. São Paulo: Instituto Pensarte, 2005. p. 149-158; SERFERT, Tatiane Andrade. **Mais Definições em Trânsito: Exceção Cultural**. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/maisdefinicoes/EXCECAOCULTURAL.pdf>; UNESCO, **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**, 2001. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>.

A imposição de cotas está intimamente ligada ao direito à igualdade. Esse direito tem duplo aspecto. Existe um direito a igual tratamento, que é o direito a igual distribuição de oportunidades ou benefícios. O segundo aspecto é o direito a um tratamento como igual, que não significa receber os mesmos benefícios ou oportunidades, mas sim ser tratado com o mesmo respeito e preocupação como qualquer outro.⁷⁶

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

A imposição de cotas deve ser justificada de forma que demonstre ser razoável impor e incentivar certo tipo de conteúdo uma vez que a perda da comunidade com essas imposições será menor do que o ganho que se terá com a implementação dessa política. Ainda, é necessário demonstrar que nenhuma outra política produziria os mesmos ganhos.⁷⁷

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

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

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

Impende ressaltar que posteriormente, no mesmo Regulamento, é reiterado o dever de preservar um sentido moral e cívico na programação,

⁷⁶DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 227.

⁷⁷DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 227.

bem como as cotas estabelecidas para os serviços noticiosos e à publicidade comercial.

O Regulamento dos Serviços de Radiodifusão não é a única estrutura normativa a instituir cotas de programação. O Código Brasileiro de Telecomunicações, em alterações posteriores a sua publicação, possui redação quase idêntica ao do art. 28 do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, em seu art. 38.

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

A imposição de cotas é um mecanismo utilizado não só no Brasil, mas também em outras legislações. A diretiva “Televisão sem Fronteiras” da União Européia (UE) é uma referência no que diz respeito ao setor audiovisual. Determina essa diretiva que os Estados-Membros da UE adêquem as legislações nacionais para que os canais de televisão reservem, sempre que possível, metade do seu tempo de difusão a filmes e programas europeus; que criem mecanismos de salvaguarda para proteger determinados objetivos de interesse público importantes, como a diversidade cultural; que velem pelo pleno respeito do volume máximo de publicidade que os canais podem transmitir num determinado período de tempo medido em minutos por hora ou dia.⁷⁸

Importa observar que a legislação brasileira faz referência à publicidade comercial, todavia não a define. É prática comum em algumas emissoras veicular programas destinados exclusivamente a venda de produtos. As tele vendas são apresentadas pelas emissoras como programas fora da cota de programas de publicidade⁷⁹, todavia isso é um estratagem, pois a essência desses programas é vender produtos, o que os classifica como programas de publicidade comercial. A utilização dessa prática faz com que se ultrapasse o limite estabelecido pelo CBT e pelo Regulamento dos Serviços de Radiodifusão para a veiculação de publicidade.

⁷⁸União Europeia. **Diretiva Televisão sem Fronteiras**. Disponível em: http://europa.eu/pol/av/overview_pt.htm.

⁷⁹INTERVOZES. *No vale tudo, vende-se tudo*. In: **Revista Concessões de Rádio e TV**. 2007. Disponível em: http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=23.

Ainda observando a finalidade educativa e cultural dos serviços de radiodifusão, o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão estabeleceu que a apresentação da proposta pelos interessados na licitação para concessão de serviços de radiodifusão de sons e imagens deve conter a grade de programação que se pretende oferecer (art. 16 do Decreto 52.795/63).

Na avaliação das propostas, são considerados os seguintes quesitos: a) tempo destinado a programas jornalísticos, educativos e informativos; b) tempo destinado a serviço noticioso; e c) tempo destinado a programas culturais, artísticos e jornalísticos produzidos e gerados na própria localidade ou no município à qual pertenceu a localidade do objeto de outorga (art. 16, § 1º do Decreto 52.795/63). Cada um desses quesitos possui pontuação diferenciada, sendo a maior pontuação a concedida àqueles que melhor atenderem ao item “c”.

Pela leitura do art. 16, verifica-se que esse dispositivo não gera uma imposição para que certos tipos de programas sejam exibidos, mas concede uma vantagem aos interessados que derem prevalência em sua programação aos serviços noticiosos, programas culturais, artísticos, jornalísticos, bem como ao conteúdo regional.

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

Há, portanto, um incentivo à produção independente e regional⁸⁰ sem, contudo, estabelecer cotas para essa finalidade. O dispositivo do art. 221, II

⁸⁰Como o dispositivo nunca foi regulamentado, não existe uma definição legal do que seja conteúdo regional ou independente para o setor de radiodifusão. Em pesquisa realizada pelo Observatório de Direito à Comunicação, em março de 2009, definiu-se como produção regional a voltada à população da cidade de origem da emissora, “mas não precisa necessariamente retratá-la: o que a define é o local da sua realização, não a natureza do seu conteúdo” (VALENTE, Jonas C. L. *Produção regional na TV aberta brasileira: um estudo em 11 capitais brasileiras*. In: **Observatório do Direito à Comunicação**. Março 2009. p. 5. Disponível em: http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25).

e III da Constituição Federal nunca foi regulamentado de forma a efetivar a produção independente, nacional e regional.⁸¹

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

Em relação ao incentivo à produção nacional, a discussão é ainda menor. Somente com a propositura do Projeto de Lei nº 29/2007, na Câmara dos Deputados, estabelecendo cotas de conteúdo nacional para o serviço de comunicação eletrônica de massa, o debate foi reacendido. O projeto de lei citado é fruto da convergência de redes, serviços e modelos de negócios que trazem a necessidade de uma adaptação do modelo normativo vigente.

O que se vê no quadro normativo atual é uma regulação relativamente fraca da radiodifusão de sons e imagens comercial, no sentido de que poucas são as obrigações públicas impostas e poucas são as restrições ao comportamento de mercado. Ainda, muitas das normas regulamentares que hoje existem não são largamente aplicadas ou efetivadas.⁸² O controle pró-ativo de conformação da grade de programação encontra-se anacrônico e insuficiente aos objetivos estabelecidos para o setor.

Dessa forma, no que concerne ao incentivo à produção nacional, as discussões do PL nº 29/2007 são essenciais para entender as futuras diretrizes do setor. No capítulo seguinte será abordado esse projeto de lei, especificamente no que se refere às cotas de conteúdo nacional.

⁸¹Pesquisa realizada pelo Observatório de Direito à Comunicação, em março de 2009, constatou que de 58 emissoras analisadas em 11 capitais brasileiras, a média de tempo de programação dedicada à produção local foi de apenas 10,83%. (VALENTE, Jonas C. L. Op. cit.).

⁸²HALLIN, Daniel C.; PΑPATHANASSOPOULOS, Stylianos. *Political clientelism and the media: Southern Europe and Latin America in comparative perspective*. p. 181.

O Projeto de Lei nº 29

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

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

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

Levando-se em conta que a questão central versada nesse trabalho diz respeito à imposição de conteúdo nacional, entendida como instrumento de realização das políticas públicas de valorização da cultura nacional e de desenvolvimento socioeconômico, é esclarecedor o estudo de um caso - o PL 29 - para verificar se há novidades no encaminhamento de políticas públicas, ou se o PL 29 reflete a mera ampliação dos espaços de interferência identificados na conformação jurídica setorial.

A atual legislação referente à TV comercial não contempla a questão das cotas de conteúdo brasileiro. Somente existe uma única definição legal do que seja conteúdo nacional⁸³ apesar da determinação constitucional e legal

⁸³A definição de conteúdo nacional aparece apenas no art. 1º, V, da Medida Provisória nº 2.228-1, que criou a ANCINE. Eis o seu teor: “V - obra cinematográfica brasileira ou obra videofonográfica brasileira: aquela que atende a um dos seguintes requisitos: a) ser produzida por empresa produtora brasileira, observado o disposto no § 1º, registrada na ANCINE, ser dirigida por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 3 (três) anos, e utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 5 (cinco) anos; b) ser realizada por empresa produtora brasileira

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

Há que se detectar se as propostas do PL 29 criam algo novo - novas dimensões não contempladas e potencialmente problemáticas - ou simplesmente ampliam os casos de possibilidades de interferência já presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

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

Texto original

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

O Projeto de Lei nº 29 busca atingir uma visão global do setor, extinguindo as regulamentações distintas para as mesmas categorias de serviços prestados.

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

Nele, foi definido como comunicação social eletrônica o conteúdo eletrônico - conjunto de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons

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

e informações de qualquer natureza, contendo material de natureza informativa, educativa ou de entretenimento - distribuído pelos serviços de telecomunicações de radiodifusão sonora, de radiodifusão de sons e imagens, de TV a Cabo, de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via Satélite (DTH), de distribuição de sinais multiponto multicanal (MMDS).

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

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

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

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

Substitutivo do deputado Wellington Fagundes

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

Este substitutivo, do dia 22 de novembro de 2007, teve como uma das suas principais características a estruturação da cadeia produtiva do setor de audiovisual. A cadeia foi dividida em segmentos distintos e bem delimitados: atividades de produção, programação, empacotamento e distribuição de audiovisual.⁸⁴ Essa divisão permitiu o enquadramento das atividades em regimes regulatórios distintos, de acordo com cada atividade.

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

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

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

Para atingir as cotas impostas, conceituou-se conteúdo audiovisual eletrônico nacional como sendo o conteúdo: a) produzido em língua portuguesa e direcionado ao público brasileiro; ou b) do qual participem de forma preponderante artistas e jornalistas brasileiros; ou c) que contenha sons e imagens da transmissão de eventos culturais, artísticos ou esportivos,

⁸⁴Segundo o substitutivo, produção é a “elaboração, composição, constituição e criação de conteúdo audiovisual eletrônico”; a programação é a atividade de “seleção, organização ou formatação de conteúdo audiovisual eletrônico para seqüências horárias definidas para um canal de programação”; empacotamento é a “seleção e organização de conjuntos de canais de programação para oferta e distribuição na sua forma final a assinantes”; e distribuição é a atividade de “entrega, transmissão, veiculação e provimento de conteúdo audiovisual eletrônico aos assinantes, podendo ainda incluir as ações de comercialização, atendimento, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos”.

realizados em território nacional ou dos quais participem brasileiros que atuem no campo cultural, artístico ou desportivo. Desse modo estabeleceu uma definição mais ampla que aquela existente na Medida Provisória nº 2.228-1 e desconsiderou a co-produção como forma de conteúdo nacional.⁸⁵

Produção independente brasileira foi conceituada como aquela cuja empresa produtora não tenha qualquer associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas de serviço de radiodifusão de sons e imagens, prestadoras de serviço de telecomunicações, independentemente da modalidade de outorga e do regime de prestação de serviço.

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

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

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

Substitutivo do deputado Jorge Bittar

O substitutivo apresentado pelo deputado Jorge Bittar, relator do projeto na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, da

⁸⁵Sayonara Leal e Lara Haje entendem que a retirada da co-produção como espécie de conteúdo nacional se alinha aos interesses das empresas radiodifusoras (especificamente das Organizações Globo), que, com isso, garantem espaço para as suas produções, limitando-se a possibilidade de surgimento de novos produtores e programadores (LEAL, Sayonara; HAJE, Lara. *O debate acerca da convergência tecnológica no congresso nacional brasileiro: os movimentos pela consolidação da nova lei de TV por Assinatura*. Disponível em: http://www.compos.org.br/data/biblioteca_344.pdf, p. 3 e 11).

Câmara dos Deputados, trouxe diversas inovações ao texto original, mas a grande novidade desse projeto é a imposição de cotas de conteúdo.

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

A competência para fiscalizar o serviço ficou dividida. Como a distribuição se constitui em serviço de telecomunicações, a ANATEL seria a autoridade de regulação sobre essa atividade e a LGT tornar-se-ia o principal instrumento legal a reger todas as formas de transporte de sinais de serviços de televisão por assinatura, independentemente da tecnologia empregada pela operadora. Já as demais atividades - produção, programação e empacotamento - estariam sob a competência regulatória da ANCINE, uma vez que tais atividades tratam da esfera do audiovisual.

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

Entendeu-se como conteúdo brasileiro aquele produzido por brasileiro ou por empresa de maioria de capital de brasileiros ou aquele produzido em regime de co-produção⁸⁶ e com a presença de artistas brasileiros. Essa

⁸⁶Nos termos do substitutivo: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se (...)VI – Conteúdo Nacional: conteúdo audiovisual eletrônico que atende a um dos seguintes requisitos: a) ser produzido por produtora brasileira registrada no órgão regulador do audiovisual, ser dirigido por diretor brasileiro ou estrangeiro residente no País há mais de 3 (três) anos, e utilizar, para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 5 (cinco) anos; b) ser produzido por produtora brasileira registrada no órgão regulador do audiovisual, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil mantenha acordo de co-produção cinematográfica e em consonância com o mesmo, assegurada a titularidade de, no mínimo, 20% (vinte por cento) dos direitos patrimoniais da obra à

definição permite acordos entre as produtoras garantindo um espaço para as produtoras e programadores de médio e pequeno porte, de forma que possam competir com as já existentes. A conceituação do que seja conteúdo nacional se apresenta como de fundamental importância para o que propõe o substitutivo: aumentar a competição e fomentar a produção nacional.

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

O sistema de cotas proposto pelo substitutivo do deputado Jorge Bittar é complexo de forma a buscar uma real modificação e incentivo à produção nacional. Para isso, criou o espaço qualificado, que seria o conjunto de conteúdos da grade de programação, excluindo-se os programas de conteúdo jornalístico, religiosos, políticos, esportivos, concursos, televentas e publicidade. Assim, entende-se como espaço qualificado aqueles conteúdos que demandam certo grau de produção e, portanto, investimento.⁸⁷

No substitutivo, são estabelecidas as seguintes cotas:

- 10% dos conteúdos veiculados, nos canais ocupados majoritariamente por espaço qualificado, deverão ser produzidos por produtora nacional independente;⁸⁸

produtora nacional, e utilizar, para sua produção, no mínimo, 1/4 (um quarto) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 3 (três) anos; c) ser produzido, em regime de co-produção, por produtora nacional registrada no órgão regulador do audiovisual, em associação com empresas de outros países com os quais o Brasil não mantenha acordo de co-produção, assegurada a titularidade de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) dos direitos patrimoniais da obra à produtora nacional, utilizar para sua produção, no mínimo, 2/3 (dois terços) de artistas e técnicos brasileiros ou residentes no Brasil há mais de 3 (três) anos, e obedecer a critérios estabelecidos pelo órgão regulador do audiovisual que considerem, de forma ponderada, parâmetros como utilização de mão-de-obra brasileira qualificada, locação e contratação de serviços técnicos no Brasil, entre outros”.

⁸⁷Parecer do deputado Jorge Bittar ao substitutivo do PL 29/2007.

⁸⁸Produtora Nacional Independente é definida como: “produtora nacional que atenda os seguintes requisitos, cumulativamente: a) programadoras, empacotadoras e distribuidoras que programem, empacotem ou distribuam sua produção não poderão deter, sob controle direto ou indireto, mais do que 20% (vinte por cento) de participação no seu capital votante; b) não mais do que 50% (cinquenta por cento) das suas vendas, medidas em horas de produção efetivamente veiculada, sejam comercializadas com uma única programadora, empacotadora ou distribuidora; c) os

- 30% dos canais de programação que possuem majoritariamente espaço qualificado deverão ter, em seu espaço qualificado, ao menos 50% de conteúdo nacional, dos quais ao menos a metade, ou seja 25%, deverá ser produzida por produtora nacional independente;
- 50% dos canais de programação deverão ser nacionais;
- 30% das programações dos canais nacionais devem ser nacionais e independentes.

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

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

O substitutivo ainda institui cotas para a publicidade, conforme já existe na regulação da radiodifusão de sons e imagens, todavia limita ainda mais o tempo da grade em que a propaganda comercial é veiculada. A propaganda foi limitada a apenas 10% do tempo da grade de programação, ou seja, menos que os 25% permitidos à radiodifusão em razão da diferença da fonte de renda dos serviços. Segundo o substitutivo da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, estas cotas deveriam ser totalmente atingidas quatro anos após a edição da lei, existindo uma gradação até o seu cumprimento total.

direitos patrimoniais majoritários sobre sua produção sejam de sua titularidade e os direitos de difusão cedidos a programadora ou a concessionária do serviço de radiodifusão de sons e imagens que o veicule sejam claramente definidos e limitados no tempo, conforme disposto em regulamentação”.

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

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

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

Substitutivo do deputado Vital do Rêgo Filho

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

O substitutivo incluiu a internet paga como serviço sujeito às regras elencadas no PL 29, tendo como justificativa o fato de que o provimento de conteúdos pagos por meio da internet crescera como forma de distribuição de conteúdo e se tornara importante no setor.

O ponto nodal para esse estudo, contudo, é a retirada de cotas de conteúdo nacional dos canais individuais. As cotas permaneceram apenas nos canais que veiculam conteúdo nacional, sendo cotas de conteúdo independente.⁸⁹

⁸⁹O art. 16 do substitutivo apresenta a seguinte redação: “Art. 16. Nos canais de programação e catálogos que veicularem mais de 3:30h semanais de conteúdos brasileiros que integrem espaço qualificado, no mínimo 50% (cinquenta por cento) dos conteúdos excedentes deverão ser produzidos por produtora brasileira independente.” O dispositivo, apesar de procurar incentivar o conteúdo independente, acaba sendo um desincentivador do conteúdo nacional, uma vez que é possível que os programadores evitem atingir o limite de 3:30h semanais para não incorrem na obrigação imposta neste artigo.

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

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

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

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

Ao que parece, a Comissão de Defesa do Consumidor sucumbiu às pressões das empresas radiodifusoras e de TV por assinatura, pois o substitutivo apresentado recuou na imposição de cotas. Foi incluída a cota de produção independente nos canais que transmitem produção nacional, mas apenas esta. O deputado Vital do Rêgo alegou que dessa forma não ocorrerá uma ingerência do Estado, cabendo aos programadores a decisão de veicular conteúdo nacional, com base na audiência e no seu retorno econômico.⁹⁰

⁹⁰“A linha do Substitutivo foi focar na atividade mais nobre do audiovisual, no caso a produção. Nesse sentido, sem descuidar dos atuais modelos de negócios dos canais de programação existentes, incluiu-se uma cota de produção independente nos canais que veiculam produção nacional. Assim, as operadoras internacionais e os consumidores não sofrem ingerência excessiva do estado, deixando a cargo da audiência e do sucesso econômico das programações a decisão de veicular conteúdo nacional. Ao mesmo tempo, a produção independente foi fomentada e uma janela de
Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, v. 2, n. 1, p. 103-160 (2010)
DOI: <https://doi.org/10.26512/lstr.v2i1.21685>

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

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

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

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

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

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

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

veiculação foi garantida por meio da exigência de que 30% da produção seja independente.” (Parecer CDC 7.7.09, p. 12).

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

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

Em 9 de setembro de 2009, o PL 29 voltou à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática sob relatoria do deputado Paulo Henrique Lustosa (PMDB-CE).

Substitutivo do deputado Paulo Henrique Lustosa

Sob a relatoria do deputado Paulo Henrique Lustosa (PMDB-CE), foi apresentada nova versão do PL 29 na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática.

Essa versão, apresentada em 16 de novembro de 2009, modificou a redação do art. 16, exigindo a transmissão de 3:30h de conteúdo nacional em horário nobre nos canais de espaço qualificado e manteve a cota de produção independente.

Além disso, a nova redação do art. 17 passou a exigir que em todos os pacotes ofertados ao assinante, a cada três canais de espaço qualificado existentes no pacote, um deveria ser canal brasileiro de espaço qualificado, limitando, ainda a quantidade de programadoras da parcela mínima de canais brasileiros, estando o limite condicionado a no máximo 1/3 por uma mesma programadora ou suas controladas, controladoras ou coligadas. A empacotadora estaria obrigada a cumprir a imposição de um canal com conteúdo nacional a cada três canais até o limite de doze canais brasileiros de espaço qualificado.

Em relação às cotas de canal de conteúdo, jornalístico foram impostos menos condicionamentos ao seu cumprimento. Os canais de televisão aberta que veiculassem conteúdo majoritariamente jornalístico no horário nobre passariam a ser utilizados para cumprimento dessa obrigação, podendo, ainda, tal cota ser cumprida mediante a oferta de canal avulso pela operadora de televisão por assinatura

Observa-se que houve uma nova modificação no que concerne à imposição de cotas de conteúdo nacional que, de forma mais estruturada do que a anteriormente imposta na Comissão de Defesa do Consumidor, impôs cotas de conteúdo nacional tanto no empacotamento quanto na programação dos canais com espaço qualificado.

Tal modificação, contudo, foi muito tímida em relação ao que se pretendia quando do início das discussões sobre cotas de conteúdo nacional. Conforme delineado, o PL 29 está se encaminhando para não tratar do conteúdo, não gerar inovações, mas apenas ampliar os casos de possibilidades de interferência já presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 17/12/2009, o projeto foi enviado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Tendo, até o final da elaboração deste artigo em 10 de março de 2010, sido encerrado o prazo para emendas ao projeto, sem contudo ter sido apresentado o parecer do relator.

Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A convergência dos meios de transmissão e distribuição de áudio, vídeo e dados exigiu o estabelecimento de mecanismos de regulação e fiscalização

que busquem uma visão global do setor incorporada, por exemplo, na iniciativa do Projeto de Lei nº 29, na Câmara dos Deputados.

Apesar de alguns passos terem sido dados em direção à concretização das cotas de conteúdo nacional, como o substitutivo apresentando pelo deputado Jorge Bittar ao PL 29, que chegou a estabelecer cotas de 50% de conteúdo nacional nos canais individuais, as discussões têm regredido na busca por medidas concretas de incentivo à produção nacional.

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

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

As cotas de programação ainda são um assunto pouco debatido no ambiente acadêmico brasileiro, o que, em geral, relega a sua discussão à prática da política.

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

Bibliografia

- AMARAL, Rosa Maria Pinto. **Controle do Conteúdo da Programação Televisiva; Limites e Possibilidades**. Monografia de Final de Curso. Faculdade de Direito / UnB, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARANHA, Márcio Iorio. **Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA)**. Tese de Doutorado. CEPPAC / UnB, 2005.

- BAR, François; SANDVIG, Christian. *Política de comunicações dos Estados Unidos pós-convergência*. p. 96. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 1, n. 1, 2009, p. 77-110.
- BARENDDT, Eric. *The First Amendment and the Media*. In: LOVELAND, Ian. *Importing the First Amendment: Freedom of Speech and Expression in Britain, Europe and the USA*. p. 29-50. Oxford: Hart Publishing, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, liberdade de expressão e classificação indicativa. Invalidez da imposição de horários para a exibição de programas televisivos*. In: **Revista de Direito do Estado**, v. 3, n. 11, 2008, p. 337-370.
- BRANT, Leonardo (org). **Diversidade cultural, globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas**. São Paulo: Instituto Pensarte, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos na perspectiva da Constituição Econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CAVALCANTI, Themistocles. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed., São Paulo: Freitas Barros, 1964.
- CHAGAS, Claudia Maria; ROMÃO, José Eduardo Elias; LEAL, Sayonara. (org.). **Classificação indicativa no Brasil: desafios e perspectivas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
- COSTA, Guilherme Ieno. *Administração e uso de espectro de radiofrequência no Brasil*. In: **Revista de Direito de Informação e Telecomunicações**, v. 1, n. 1, jul./dez. 2006, p. 59-68.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.
- DUGUIT, Leon. *Transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.
- DUGUIT, Leon. *Droit constitutionnel*. Vol. 2. Paris: Ancienne Librairie Fontermoing, 1923.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1899.

- FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. Sabino A. Gendin. Madrid: Editorial Labor, 1933. p. 265.
- IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1992/2007**. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas/exibedados.php?idnivel=BR&idserie=FED214. Acessado em 12.06.2009.
- INTERVOZES. *No vale tudo, vende-se tudo*. In: **Revista Concessões de Rádio e TV**. 2007. Disponível em: http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=23. Acessado em 07.07.2009.
- EPCOM. *Quem são os donos*. In: **Carta Capital**, de 6 de março de 2002. Disponível em: http://donosdamidia.com.br/media/documentos/Proposta_Jornalistas.pdf. Acessado em 08.05.2009.
- GONÇALVES, Pedro. **Direito das telecomunicações**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- HALLIN, Daniel; PAPATHANASSOPOULOS, Stylianos. *Political clientelism and the Media: Southern Europe and Latin America in Comparative Perspective*. In: **Media, Culture and Society**, v. 24, n. 2, 2002, p. 175-196.
- HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza. *TV Digital: aspectos jurídicos do modelo brasileiro*. In: **Revista de Direito de Informação e Telecomunicações**, v. 1, n. 1, jul./dez. 2006, p. 105-124.
- JÈZE, Gaston. *Los principios generales del derecho administrativo: la noción del servicio público*. Trad. Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LEAL, Sayonara; HAJE, Lara. **O debate acerca da convergência tecnológica no Congresso Nacional brasileiro: os movimentos pela consolidação da nova lei de TV por Assinatura**. Disponível em: http://www.compos.org.br/data/biblioteca_344.pdf. Acessado em 31.07.2009.
- MARTINS, Paulo Emílio; PIERANTI, Octávio. *Políticas Públicas para as comunicações no Brasil: adequação tecnológica e liberdade de expressão*. In: **Encontro de Administração Pública e Governança**, realizado em São Paulo nos dias 22 a 24 de novembro de 2006.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública e programação de TV*. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 201, jul./set., 1995, p. 45-56.
- MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ONU, Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acessado em: 21.05.2009.
- SARAVIA, Enrique; MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna. (org.) **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- SERFERT, Tatiane Andrade. **Mais definições em trânsito: exceção cultural**. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/maisdefinicoes/EXCECAOCULTURAL.pdf>. Acessado em 30.07.2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- SUNSTEIN, Cass. **Free market and social justice**. New York: Oxford University Press, 1997.
- VALENTE, Jonas C. L. *Produção regional na TV aberta brasileira: um estudo em 11 capitais brasileiras*. In: **Observatório do Direito à Comunicação**. Março, 2009. Disponível em: http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25. Acessado em 06.07.2009.
- WIMMER, Miriam; PIERANTI, Octavio. *Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional*. In: **Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Intercom**, 2008.