



A Regulação Jurídica da Comunicação Social na Constituição de 1988¹

Carlo José NAPOLITANO²

Resumo

A comunicação social recebeu da constituição federal, de 05 de outubro de 1988, um extenso rol normativo, no entanto, apesar da exigência constitucional, até os dias de hoje, mais de vinte anos após a promulgação do seu texto, o Congresso Nacional ainda não regulamentou todas as regras constitucionais para o setor. Ademais, as regras relacionadas à comunicação social que foram produzidas antes de outubro de 88 foram expurgadas do sistema jurídico brasileiro, via decisões recentes do Supremo Tribunal Federal. O presente texto é parte integrante de pesquisa em andamento e visa especificamente apresentar a regulação constitucional e infraconstitucional acerca da comunicação social, em especial, da radiodifusão.

Palavras-chave: regulação; constituição; comunicação social.

Introdução

A temática da regulação da comunicação social está inserida dentro do conceito que aponta o direito à comunicação como um conjunto de direitos isolados, relacionados à regulação jurídica da comunicação, que unidos se transformam naquele. Dentro desses direitos que compreendem o direito à comunicação podem ser citados o direito à liberdade de expressão, a regulamentação quanto à pluralidade e diversidade nos meios de comunicação, o direito de antena, a liberdade de imprensa, o direito de informação, o direito à informação, a liberdade de opinião, os direitos relacionados à propriedade imaterial (direitos autorais, direito da propriedade industrial, direitos sobre os programas de computadores), a regulamentação dos meios de comunicação comunitária e a regulamentação dos meios de comunicação social, objeto desse

¹ Trabalho apresentado no GP Políticas e Estratégias de Comunicação do XI Encontro dos Grupos de Pesquisa em Comunicação, evento componente do XXXIV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação.

² Professor de Departamento de Ciências Humanas, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, Campus da Unesp - Bauru/SP.



trabalho, dentre outros direitos que direta ou indiretamente estão relacionados à comunicação social.

Esse conjunto de direitos, na teoria jurídica, passou a ser reconhecido como direitos humanos, ou na expressão da constituição brasileira atual, autênticos direitos fundamentais. A princípio concebeu-se que tais direitos relacionam-se aos direitos humanos de primeira geração, direitos civis e políticos, intimamente relacionados ao direito à liberdade, às liberdades clássicas, negativas e formais. Contudo, o direito à comunicação pode ser também compreendido como um direito de terceira geração, pois não pertence somente aos indivíduos, mas sim a coletividade, relacionando-se à democracia e à cidadania, entre outros.

A regulação do direito à comunicação está previsto e garantido na constituição brasileira, que pode ser compreendida como um sistema de normas que regula a forma como o Estado é organizado, a sua lei fundamental.

No constitucionalismo liberal setecentista, as constituições resguardavam o direito à liberdade, a propriedade privada e a liberdade de iniciativa econômica. Nesse aspecto, a concepção do Estado liberal estava fortemente atrelada ao elemento político, à estrutura e à limitação do poder estatal e à garantia da liberdade do indivíduo, confundindo-se o modelo jurídico com a consagração política do liberalismo.

Nesse período histórico, tanto o direito privado quanto o público, eram altamente influenciados pelos ideais da propriedade privada e da liberdade de iniciativa econômica, sendo esses institutos de grande influência na aplicação e interpretação das leis. O direito público, notadamente o direito constitucional, era limitado por estes ideais do liberalismo. Era a premissa básica da separação absoluta entre o direito público e o direito privado. Segundo Pontes de Miranda (1987, p. 38/39), houve, naquela época, uma inversão de valores, pois se dava mais importância ao direito privado do que ao direito constitucional, sendo que a lógica que deveria ser adotada era exatamente o contrário, pois é o direito privado que deve ser interpretado de acordo com o direito constitucional.

Contudo, na metade do século passado, houve uma mudança na concepção das constituições, quando a elas foram incorporados conteúdos sociais. O seu foco foi ampliado, de documento jurídico organizacional do Estado, para documento jurídico regulador do Estado e da sociedade.

A economia do período de guerra, a revolução bolchevista, a criação do Estado comunista na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, a grande recessão da



década de vinte desferiram golpes mortais ao Estado liberal, fato que impulsionou a constitucionalização dos direitos sociais, trabalhistas e econômicos. Percebeu-se, então, que não poderia haver a separação absoluta entre o setor privado e o setor público, sendo que a ambos era atribuída a tarefa de buscar o desenvolvimento geral, passando o Estado a ser também um gerador de programas de ação na seara social e econômica. Exigia-se então uma atuação efetiva do Estado no campo social, uma vez que este passa a ter atuação prestacional, agindo como mitigador dos conflitos entre o capital e o trabalho, intervindo como distribuidor e regulador das relações sociais, atuando como amortecedor das lutas de classe e promotor da justiça social e da paz econômica entre os homens, no intuito de minimizar as diferenças sociais e implementar a igualdade entre as classes sociais.

Esse novo modelo de Estado repercute na ordem jurídica, que passa a exercer um papel completamente diferente do que tinha no Estado liberal. O direito passa a ter conteúdo social, o que altera substancialmente a modelagem do Estado,

as normas que compõem a ordem econômica, introduzidas no documento constitucional na fase do constitucionalismo moderno [...] refletem mutação operada na posição do Estado e da sociedade em relação à atividade econômica, abandonando a neutralidade característica do Estado Liberal, para incorporar versão ativa do Estado intervencionista, agente e regulador da economia. (GRAU, 1991, p. 27)

O Estado deixa de ser o garantidor das liberdades e passa a ter um objetivo mais amplo na busca do bem-estar coletivo.

As constituições passaram a ser compreendidas, buscando-se as suas causas e a sua função social, não se admitiam mais as constituições somente garantidoras das liberdades políticas e individuais, havia a necessidade de previsão de matérias relacionadas aos problemas sociais. Essa nova função do direito altera o conteúdo das constituições. O Estado reveste-se de natureza positiva, passando a ter atribuições no campo social, deixa de ser um garantidor das liberdades e passa a ter funções materiais.

No constitucionalismo do século XX, trava-se então um debate sobre a teoria constitucional. De um lado teóricos procedimentalistas que entendem que a constituição é apenas uma norma jurídica superior, definidora de competências dos órgãos estatais, regulamentadora de procedimentos, despreocupada com os problemas sobre legitimação



do poder, despida de qualquer conteúdo social ou econômico. (BERCOVICI, 2004, p. 10-11).

De outro lado, teóricos substancialistas que pregam que esse documento jurídico deve almejar a transformação do Estado e da sociedade, estipulando fins para ambos. Desenvolveu-se, então, a teoria material, social ou substancial da constituição, que procura incorporar à constituição uma dimensão materialmente legitimadora, sendo que, o objetivo central dessa teoria, é dar força e substrato jurídico para a mudança social. A constituição seria então um conjunto de regras e de valores políticos e não somente um documento jurídico regulamentador do Estado. Deste modo, a constituição “[...] não pode ser entendida isoladamente, sem ligações com a teoria social, a história, a economia, e, especialmente, a política.” (BERCOVICI, 2003, p. 23). É a mudança do *government by law* característica do liberalismo pós-revolucionário setecentista para o *government by policies* do Estado Social.

A atual constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem nítido caráter substancial, programática, dirigente, tendo em vista que ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar. Um desses valores substantivos almejados no processo constituinte foi o direito à comunicação.

Nesse sentido, o texto constitucional prevê inúmeras regras protetivas ao direito à comunicação. Como exemplos podem ser citados o artigo 5º, em especial, os incisos IV, V, IX, XIII, XIV, XXVII, XXIX, o artigo 21, XII e 220 a 224, que direta ou indiretamente tratam de assuntos relacionados à comunicação social.

A regulação constitucional desses direitos garante o acesso à cultura, à educação e à informação, direitos fundamentais do cidadão. No entanto, também configuram normativas de grande conotação econômica, em especial, nesse período de terceira revolução industrial (FARIA, 1993 e 1996 e GRAU; 2003), conhecido por sociedade da informação.

Na sociedade contemporânea, segundo Grau (2003, p. 114)

A informação assume a feição de mercadoria econômica – e política – de modo bem peculiar. O fato de as informações estarem acessíveis, ao imediato alcance de todos, não significa tenham elas deixado de consubstanciar um instrumento de poder.



Segundo o mesmo autor citado vivemos nitidamente “em um momento de transformação do modo de produção capitalista, transformação que decorre, fundamentalmente, da revolução da informática”. (GRAU, 1991, p. 52)

Ainda na mesma linha de raciocínio Gonçalves (2003, p. 7) aponta que

uma das características marcantes da sociedade contemporânea é a penetração das novas tecnologias da informação e da comunicação na vida econômica, social e política. Para além dos seus impactos na economia, estas tecnologias vêm afectando profundamente os modos de organização das relações sociais e as condições da realização de valores básicos das sociedades modernas, como a liberdade e a democracia. No centro desta transformação está a afirmação da informação como principal fonte de riqueza ou recurso estratégico na ‘sociedade pós-industrial’ ou ‘sociedade da informação’.

A economia atual, pós-industrial ou também conhecida como sociedade da informação, reconhece como bem econômico os bens imateriais, e na economia de mercado, a informação pode ser objeto de transações econômicas e é “entendida como recurso econômico estratégico” (GONÇALVES, 2003, p. 19). Nesse sentido, a informação e a comunicação são bens que o direito quer e deve regular.

A compreensão dos direitos relacionados à comunicação social, simultaneamente, como mercadoria e como direitos fundamentais geram conflitos de interesses, o que, por hipótese, acarreta repercussões na sua regulação jurídica.

O presente trabalho visa apresentar a regulação jurídica constitucional e infraconstitucional do direito à comunicação, em uma perspectiva histórica dogmática e analisar e interpretar, na mesma perspectiva, a concretização / efetivação desses direitos pelo Supremo Tribunal Federal. A pesquisa em andamento da qual extraiu-se esse trabalho, parte do pressuposto que a intenção constituinte foi a de impor restrições a alguns direitos relacionados ao direito à comunicação, em especial, aqueles relacionados à comunicação social, no entanto, o Estado brasileiro, através do executivo, legislativo e judiciário, sistematicamente, vem ampliando a aplicação desses direitos, extirpando qualquer restrição, por hipótese, prevista na constituição.

Conceito e importância da regulação jurídica no mundo contemporâneo

O termo regulação está sendo usado no presente trabalho no sentido de regulação normativa que compreende, segundo Aguillar (2006, p. 72), a regulamentação



legal e as atividades acessórias de fiscalização e imposição de sanções para as condutas ilícitas.

São, portanto, medidas estatais, tanto legislativas como administrativas, que visam controlar e ou influenciar os comportamentos “dos agentes econômicos, tendo em vista orientá-los em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos. (CARVALHO, 2002)³.

Regular, em outras palavras, seria definir direitos e deveres, delimitar o exercício de direitos, clarificar as suas condições de uso, defender a sociedade e o indivíduo contra eventuais maus usos dos direitos (GONÇALVES, 2003, p. 7), e esta ação, na contemporaneidade, está a cargo dos Estados que tem a função de compor os interesses individuais e sociais (GONÇALVES, 2003, p. 24).

Para Grau (1991, p. 49/50) a regulação das atividades, em especial, das econômicas tem por finalidade preservar os mercados, o qual “não seria possível sem uma legislação que o protegesse e uma racional intervenção, que assegurasse a sua existência”, pois deixar o capitalismo a própria sorte do mercado é inviável.

Ademais, a revolução tecnológica na qual está inserida a comunicação social, resultou na exigência por parte das empresas atuantes no setor de um quadro legal claro e estável dessas relações jurídicas empresariais. (GONÇALVES, 2003, p. 47)

No constitucionalismo português, por exemplo, adepto à tradição jurídica romano-germânica e fonte inspiradora da nossa carta constitucional, há extensa regulação da comunicação social, com

abundantes disposições tendentes a garantir o seu exercício a promover o pluralismo e rigor da informação, a assegurar a transparência das empresas de comunicação social, a contrariar tendências para uma excessiva concentração e a prevenir e sancionar abusos. Além disso, há disposições dispersas por vários diplomas que disciplinam diversos aspectos do regime dos meios de comunicação social. (CORREIA, 2005, p. 153).

A constituição brasileira de 1988, como será apresentado a seguir, previu uma rigorosa regulação constitucional e infraconstitucional da comunicação social e neste aspecto, manteve-se atrelado à tradição acima apontada.

Regulação jurídica da Comunicação Social

³ Grau (1991, p. 47) estabelece uma distinção dos conceitos regulação e regulamentação. Aquele significaria ordenar, enquanto este significaria ordenar através de preceitos de autoridade.



No que diz respeito especificamente à comunicação social a constituição de 05 de outubro de 1988 foi generosa na sua regulação. Em vários pontos do texto constitucional a temática da comunicação social, direta ou indiretamente, aparece.

No título II da constituição federal, no artigo 5º, estão elencados os direitos fundamentais, ou em outras palavras, o rol dos direitos humanos reconhecidos pelo Estado brasileiro.

São inúmeros os direitos e as garantias que podem estar relacionadas à comunicação social. Neste artigo estão previstos os direitos relacionados à liberdade de expressão, de informação, de opinião, de criação artística, a preservação do sigilo da fonte, a liberdade de trabalho, dentre outros.

O artigo 5º caracteriza-se por ser instrumento de previsão de direitos e de garantias cujo principal destinatário é o ser humano, a pessoa física, portanto, os assuntos tratados neste artigo têm nítido viés individual.

Um pouco mais adiante, no título III quando a constituição trata da organização do Estado e das atribuições das várias esferas do governo (federal, estadual, municipal), dispõe o artigo 21, que é de competência da União, ou seja, do governo federal, a exploração dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens. Está aqui a regra constitucional que determina a necessidade das concessões pública para a operação de rádios e tevês. Diferentemente do ocorre para as mídias impressas para as quais a atividade econômica é livre.

Mais além, no título VIII quando a constituição trata da ordem social, ao lado da seguridade social, previdência, saúde, educação, cultura, há um capítulo específico sobre a comunicação social.

Trata-se do capítulo V, nos artigos 220 a 224. Nesse aspecto, os direitos aqui relacionados estão direcionados aos meios de comunicação, às atividades empresariais, trata-se, portanto, de direitos coletivos, diversamente dos individuais previstos no artigo 5º.

Essa é a panorâmica da regulação jurídica constitucional, nos artigos 5º, 21 e 220 a 224.

No entanto, observe-se que a constituição é um documento jurídico sintético que prevê apenas diretrizes e regras gerais. Ao passo que a regulação específica de determinados temas constitucionalmente previstos, fica a cargo da legislação



infraconstitucional. Nesse sentido, a constituição prevê a exigência de leis que devem regulamentar determinados assuntos.

Como exemplo dessa exigência de regulação infraconstitucional verifica-se nos artigos 220 a 224 a previsão de elaboração de sete leis regulamentadoras da constituição. Exige a constituição leis federais para: 1 - regular as diversões e espetáculos públicos, com informações sobre a natureza dos espetáculos, as faixas etárias a que não se recomendem, os locais e os horários que sua apresentação se mostre inadequada⁴; 2 - estabelecer mecanismos que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221⁵, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente⁶; 3 – regular a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias⁷; 4 - definição de percentual quanto à regionalização da produção cultural, artística e jornalística⁸; 5 - regular os meios de comunicação social eletrônica⁹; 6 - disciplinar a participação de capital estrangeiro na propriedade de empresas jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens¹⁰; 7 - criação do conselho de comunicação social, órgão auxiliar do congresso nacional¹¹.

Das sete exigências constitucionais de leis regulamentadoras do capítulo da comunicação social apenas três foram editadas: a lei 9.294/96, que regula o artigo 220, § 4º, a lei 10.610/2002, que trata da participação de capital estrangeiro em empresas de comunicação e a lei 8.389/91, que criou o Conselho de Comunicação Social.

No entanto, mesmo com o advento de uma nova ordem constitucional, isso não quer dizer que toda a produção legislativa anterior deva ser desconsiderada.

Nesse sentido a própria teoria do direito constitucional reconhece o princípio da recepção ou da novação do direito antigo, produzido sob a vigência de outra ordem

⁴ Artigo 220, § 3º, incisos I, da constituição federal.

⁵ Art. 221, da constituição federal. 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.

⁶ - Artigo 220, § 3º, incisos II, da constituição federal.

⁷ Artigo 220, § 4º, da constituição federal.

⁸ Artigo 221, III, da constituição federal.

⁹ Artigo 222, § 3º, da constituição federal.

¹⁰ Artigo 222, § 4º, da constituição federal.

¹¹ Artigo 224, da constituição federal.



constitucional. Isso significa que leis produzidas anteriormente à entrada em vigor da nova constituição podem ser utilizadas mesmo com a criação de uma nova ordem jurídica.

Com a regra da recepção, leis relacionadas à comunicação social e que foram produzidas em período anterior a atual constituição, passaram a ser aplicadas, no todo ou em parte, após 05 de outubro de 1988.

Podem ser citadas três em especial. A Lei de imprensa (lei 5.250/67), o Código Brasileiro de Telecomunicações (lei 4.117/62) e o Decreto-lei 972/69, que dispunha sobre a obrigatoriedade do diploma de jornalismo para o exercício profissional.

O Código Brasileiro de Telecomunicações, em 1997, com o advento da lei 9.472, que regulamentou o serviço de telefonia e criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) foi parcialmente revogado, deixando de ser aplicado na sua íntegra. A edição desta lei foi consequência das diversas alterações constitucionais efetivadas no primeiro ano do primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso, alterações que prepararam legalmente o processo de privatizações que viria¹².

Observe-se que até 1995 o serviço de radiodifusão de sons e imagens e os serviços de telecomunicação tinham tratamento legal similar, tanto no texto constitucional quanto no Código Brasileiro de Telecomunicações. A partir daquele ano, a telecomunicação, entendendo aí o setor de telefonia, passou a ter uma regulamentação jurídica distinta da comunicação social, sendo permitido, desde então, a privatização e a participação do capital estrangeiro nesse setor, antes proibido.

Com essa nova regulação, o Código Brasileiro de Telecomunicação, de 1997 para cá, apenas tem validade parcial, somente no que diz respeito à radiodifusão sonora e de sons e imagens.

As outras duas regulamentações mencionadas, a lei de imprensa de 67 e o decreto-lei de 69, no ano de 2009, após vinte e um anos de vigência, foram declaradas,

¹² Essas alterações constitucionais tiveram seu ápice no primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995/1998), especificamente no primeiro ano do seu primeiro mandato, em 1995, quando cinco Emendas Constitucionais foram aprovadas e alteraram a ordem econômica. Nesse ano, foram aprovadas as Emendas Constitucionais n. 05, 06, 07 e 08, todas de 15.08.1995, que dispunham, respectivamente, sobre a quebra do monopólio do gás canalizado, a abertura do mercado mineral e de aproveitamento de potencial de energia elétrica e retirada dos conceitos de empresa nacional e empresa nacional de capital nacional, do texto constitucional, abertura do mercado de transportes e, por fim, a abertura de mercado no setor de telefonia. A Emenda n. 09 foi aprovada em 09 de novembro de 1995, abrindo o mercado de petróleo à iniciativa privada. Uma outra merece destaque e relaciona-se especificamente a este trabalho, trata-se da Emenda n. 36, de 28.05.02, que permitiu a participação de capital estrangeiro em empresas jornalísticas e de radiodifusão. (NAPOLITANO, p. 197/198, 2003).



pelo Supremo Tribunal Federal, como não recepcionadas pelo novo texto constitucional¹³.

Com essas decisões do Supremo e contando com a revogação parcial do Código Brasileiro de Telecomunicações, a normatividade produzida antes de 1988 deixou de ser aplicada, criando-se uma lacuna na regulamentação jurídica da comunicação social.

Para se ter uma ideia dessa lacuna, em se tratando da mídia tradicional, para a imprensa escrita há apenas um parágrafo de um artigo de uma lei específica. Trata-se da lei 6.015/73, que dispõe sobre a obrigatoriedade de registrar os atos constitutivos de uma empresa jornalística em cartório de registro das pessoas jurídicas (artigo 114, Parágrafo Único).

Em relação à radiodifusão, a única lei existente é a que dispõe sobre a participação do capital estrangeiro na propriedade das empresas, além dos retalhos remanescentes do Código Brasileiro de Telecomunicação.

Considerações finais

Os apontamentos até aqui apresentados permitem levantar algumas considerações, mesmo que preliminares à pesquisa em desenvolvimento.

Conclui-se que não há interesse do legislativo brasileiro em regular as atividades econômicas relacionadas à comunicação social, haja vista que das sete exigências constitucionais de elaboração legislativa referente a este setor da atividade econômica, apenas três foram efetivadas até os dias de hoje.

Houve um enfrentamento brutal do poder judiciário brasileiro contra a normatividade produzida anteriormente a constituição de 1988, enfrentamento este que resultou em lacunas na regulação dessa atividade econômica.

Há uma passividade do executivo brasileiro em encaminhar projetos de leis para regular normativamente o setor.

Conclui-se, por fim, que em decorrência da ambivalência da conotação jurídica apontada, prevalece a perspectiva econômica dos direitos relacionados à comunicação sócia em detrimento do seu aspecto de direito fundamental.

¹³ Duas ações judiciais foram julgadas pelo STF uma denominada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) que tratou da lei de imprensa e outra que tratava-se de um recurso extraordinário, tirado de uma Ação Civil Pública, originária da justiça federal em São Paulo, que tratou do diploma de jornalismo. Em relação à ADPF escrevi um texto intitulado “A liberdade de imprensa vista pelo Supremo Tribunal Federal: análise da ADPF n. 130” que será publicado na revista Direitos Fundamentais e Justiça, n. 15, edição de Abr/Jun de 2011.



Referências

AGUILLAR, F. H. **Direito econômico**. São Paulo: Atlas, 2006.

BERCOVICI, G. A constituição de 1988 e a teoria da Constituição. In TAVARES, A. R.; FERREIRA, O. A. V. A.; LENZA, P. **Constituição federal. 15 anos**. São Paulo: Método, 2003. p. 9-31.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, n. 61, 2004, p. 5-24.

CARVALHO, V. M. de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: FARIA, J. E. **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

CORREIA, L. B. **Direito da comunicação social**. v. 1. Coimbra: Almeida, 2005.

FARIA, J. E. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Direito e globalização econômica – implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GONCALVES, M. E. **Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. **Direito posto e pressuposto**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NAPOLITANO, C. J. **A liberdade de iniciativa e os empreendedores econômicos estrangeiros na Constituição Federal**. Mestrado em Direito. Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2003.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 6.